This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 198 503

Digitized by Google

Atm. 6 H

HARVARD LAW LIBRARY

Received DEC 1 1929

G II 1583

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Die

gemeindeutsche Civilprozeß-Restitution,

systematisch dargestellt

von

Wilhelm Heinzerling,
Großherzogl. Hessischem Landgerichts-Assessor in Zwingenberg a. d. B.

Darmstadt 1865.

Verlag von F. L. Schorkopf
(Köhler's Buch-, Kunst- und Musikalienhandlung.)

KOEHLER'S BUCH-KUNST & MUSIK HANDLUNG
F. L. SCHORKOPF
DARMSTADT

991

Digitized by Google

DEC 1 0 1929

12/10/29

Druck der L. C. Wittich'schen Hofbuchdruckerei in Darmstadt.

Digitized by Google

Seinen ersten Lehrern in der juristischen Praxis

Herrn Landrichter Dr. Buff in Nidda

und

Herrn Hofgerichtsrath Dr. Kleinschmidt in Darmstadt

in Dankbarkeit und Ergebenheit

gewidmet

vom

Verfasser.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorrede.

Die Gesammtlehre der Restitution gehörte bekanntlich lange Zeit zu den Lehren, welche einer befriedigenden wissenschaftlichen Bearbeitung entbehrten. So mannigfache Abhandlungen und Werke über dieselbe früher vorhanden waren, immer hinderte die sehr eigenthümliche Natur des genannten Rechtsinstituts in Verbindung mit der Art, wie die römischen Gesetzbücher selbst dasselbe mit zwar ähnlichen, aber keineswegs gleichartigen Rechtsbehelfen zusammenstellten, die klare Behandlung und richtige Begränzung jener Lehre. Erst der ausführlichen und sorgfältigen Darstellung Burchardi's, den scharfsinnigen Bemerkungen v. Schröter's, endlich den überaus klaren und durchsichtigen Ausführungen v. Savigny's war es vorbehalten, jenes Institut in einer Weise zu begränzen und darzustellen, daß jetzt den Ansprüchen der Wissenschaft insoweit volles Genüge geleistet ist. Die Darlegungen der genannten Rechtslehrer beziehen sich indessen wesentlich nur auf die civilrechtliche Restitution, d. h. auf die Restitution gegen verletzende Rechtsgeschäfte und die Verjährung, nicht aber auch auf die Restitution im Prozeß. Die letztere wird vielmehr immer nur nebenher und beziehungsweise nur insoweit berücksichtigt, als das Wesen des Instituts überhaupt es als unbedingt nöthig erscheinen läßt. Die spezielle Behandlung

Digitized by Google

der prozeßrechtlichen Restitution ist den Lehr- und Handbüchern des Prozesses überlassen. Prüft man nun aber diesen Theil der Literatur, so findet man zwar theils mehr, theils weniger werthvolle Anhaltspunkte und Ausführungen über dieses Gebiet, eine eigentlich systematische und zugleich in das Detail sich vertiefende Durcharbeitung aber fehlt, ja es findet sich nicht einmal eine vollkommen genügende Darlegung des Verhältnisses und inneren Zusammenhangs der s. g. deutsch-rechtlichen Restitution mit den durch das römische und canonische Recht statuirten Restitutionen, so ausführlich sonst auch die Deductionen über jene erstere sind. Nichtsdestoweniger ist das fragliche Gebiet ein äußerst praktisches, ja es ist weit praktischer, als dasjenige der civilrechtlichen Restitution; denn während Verhandlungen in letzterer Richtung zu den Seltenheiten gehören, wird kaum ein Prozeß von Wichtigkeit zu Ende gefochten, ohne daß eine der Parthieen in der Lage wäre, einen im und durch den Prozeß erlittenen Nachtheil durch ein Restitutionsgesuch zu beseitigen. So auffallend ein solcher Mangel auf den ersten Blick erscheint, so nahe liegen die Erklärungsgründe dafür. Zunächst sind uns nur wenig Quellenzeugnisse des römischen Rechts über die hier einschlagende Restitution erhalten und zudem stammen die aufbewahrten aus verschiedenen Perioden des römischen Prozesses, so daß es zu deren richtiger Beurtheilung einer umfassenden Kenntniß des gesammten römischen Prozeßrechtes bedarf. Nicht reichlicher sind die betreffenden, wiederum auf ein anderes Prozeßverfahren basirten Stellen des canonischen Rechts und bei den deutsch-rechtlichen Gesetzen und Vorschriften kommt zu der Dürftigkeit des Materials noch ein augenfälliger Mangel aller juristischen Präcision des Gedankens und der Ausdrucksweise. Schon dieser Zustand der Quellen stellt einer Bearbeitung des hier in Rede stehenden Stoffes erhebliche Schwierigkeiten entgegen und diese werden noch erhöht durch den Zustand des gemeinen deutschen Prozeßrechtes überhaupt, welches, mit einer Menge von Streitfragen durchwebt, nicht einmal die an die Restitution angränzenden Rechtsbehelfe in scharfer Begriffsbestimmung

Digitized by Google

erkennen läßt. Zu diesen Schwierigkeiten einerseits gesellt sich andrerseits der Umstand, daß kaum einer der Staaten, in welchen das gemeine Prozeßrecht noch im Allgemeinen gilt, nicht der Dürftigkeit der gemeinrechtlichen Bestimmungen durch particuläre Gesetze und Verordnungen und beziehungsweise durch Präjudicien mindestens einigermaßen abgeholfen hätte und hierdurch dem praktischen Bedürfnisse mehr oder weniger gerecht geworden wäre. So unterblieb denn die eingehende Behandlung dieser Lehre, obgleich Niemand verkennt, daß nach dem heutigen Stande der Wissenschaft selbst bei völlig befriedigtem particulären Bedürfniß schon die Lehre des gemeinen Prozesses eigentlich jener Behandlung unbedingt bedarf.

Ich war in meiner praktischen Laufbahn öfter in der Lage, Restitutionsfälle zu bearbeiten, und da in den rechtsrheinischen Provinzen des Großherzogthums Hessen wesentlich gemeines Prozeßrecht gilt, so begann ich an der Hand der hessischen Rechtsprechung die Lehre von der Prozeß-Restitution einer eingehenderen Betrachtung zu unterziehen. Gerade die Mangelhaftigkeit der bestehenden Literatur einerseits, das praktische Bedürfniß andrerseits, veranlaßte mich, die gewonnenen Resultate schriftlich zu fixiren und zu ordnen und schließlich die ganze Lehre einer durchgreifenden systematischen Bearbeitung zu unterwerfen. Auf Wunsch einiger Freunde habe ich im Jahre 1858 die Gesammtergebnisse jener Bearbeitung in einer Reihe von mündlichen Vorträgen entwickelt; es lag aber damals nicht in meiner Absicht, sie in jener Form einer weiteren Oeffentlichkeit zu übergeben, vielmehr betrachtete ich es als Vorbedingung einer allgemeinen Veröffentlichung, daß namentlich noch die historische Entwicklung des Instituts auf dem Prozeßgebiete in den verschiedenen Perioden eine eingehendere Behandlung erfahren, auch die Literatur in den einzelnen bestrittenen Theilen der Lehre sorgfältiger berücksichtigt werden müsse. Wenn ich gleichwohl jetzt jene Vorträge in der Hauptsache unverändert der allgemeinen Oeffentlichkeit hingebe, so hat sich zwar meine Ansicht über die Nothwendigkeit einer solchen Vervollständigung nicht geändert, ich glaubte

Digitized by Google

aber dem schon nach Schluß der Vorträge und später vielfach geäußerten Wunsch der Veröffentlichung derselben um so mehr entsprechen zu müssen, als jene Vervollständigung weitere eingehende rechtshistorische Studien und beziehungsweise eine sehr umfangreiche Ueberarbeitung erfordert, zu welchen mein praktischer Beruf mir augenblicklich genügende Zeit nicht übrig läßt, und als jene Vorträge auch in ihrer gegenwärtigen Gestalt dem Theoretiker und Praktiker immerhin von einigem Nutzen sein können.

In der Hauptgliederung der behandelten Lehre (§. 4 a. E.) wird man die Anordnung wieder finden, welche v. Savigny seiner Behandlung der Restitution überhaupt zu Grund legt. Es hatte dies ursprünglich seinen äußeren Grund darin, daß die einschlagenden Aufzeichnungen seiner Zeit nach jener Anordnung gemacht waren; es ist aber dieselbe auch jetzt beibehalten worden, weil sie in der That die denkbar richtigste und zugleich einfachste ist und weil sie daher nur unter Aufgabe erheblicher Vortheile hätte verlassen werden können.

Bei der Behandlung des Stoffes selbst galt es mir in erster Linie um eine reine, von allem Particularrechtlichen freie Darstellung der gemeindeutschen Prozeß-Restitution. Daher ist denn der Context der Bearbeitung ganz ausschließlich dem gemeinen Recht gewidmet und es ist sorgfältigst vermieden worden, hessisch-rechtlichen Prinzipien irgend einen Einfluß zu gewähren. Auf der anderen Seite sollte freilich auch, um dem praktischen Bedürfnisse meines engeren Vaterlandes gerecht zu werden, das gerade in Hessen geltende Recht eine eingehende Behandlung erfahren, allein dieser Zweck war vollkommen durch, dem Context beizufügende Noten zu erreichen, weil die Abweichungen des hessischen Prozeßrechts, soweit sie sich auf den vorliegenden Stoff beziehen, verhältnißmäßig unbedeutend sind und sich im Wesentlichen doch immer an das gemeine Recht anlehnen. Auf diese Weise wird auch das aus der hessischen Praxis Entnommene selbst dem Nichthessen eine willkommene Beigabe sein; denn nicht nur, daß es vielfach sich lediglich

Digitized by Google

als Illustrirung des im Context behandelten gemeinen Rechts darstellt, so wird auch dem ganz spezifisch Particulären als Darstellung des Entwicklungsgangs, welchen das hier zu behandelnde Institut in einem einzelnen Staate genommen hat, immerhin Interesse nicht versagt werden können.

Bei Feststellung des particulären Rechts sind sämmtliche gesetzliche und reglementäre Bestimmungen — Gesetze, Verordnungen, Gemeindebescheide, gedruckte Ausschreiben — vollständig berücksichtigt, ebenso die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts und Hofgerichts in Darmstadt, soweit solche auf gedruckten förmlichen Präjudicien (das Hofgericht in Gießen veröffentlicht keine solche) beruht und auch im Uebrigen ist danach gestrebt worden, die gesammte Rechtsprechung des höchsten Gerichts und der beiden Hofgerichte möglichst vollständig zu ergründen und wiederzugeben. Einer solchen Ergründung stehen aber nicht unerhebliche Hindernisse entgegen. Die höheren Gerichte in Hessen geben ihren Erkenntnissen keine förmlich redigirten Entscheidungsgründe bei, sondern es wird den betheiligten Anwälten überlassen, die von den Referenten erstatteten Vorträge, welch' letzteren regelmäßig nur eine kurze Conclusionsnote beigefügt ist, einzusehen und daraus die Gründe zu entnehmen, welche das Colleg selbst bei der im Urtheil enthaltenen Entscheidung geleitet haben. Dieses Verfahren steht schon an sich der Ausbildung einer festen Rechtsprechung einigermaßen entgegen, weil auf diese Weise die Gründe, welche im concreten Falle für das Colleg als solches durchschlagend waren, bei der häufig halb eventuell und beziehungsweise subsidiär vorgetragenen Motivirung der Referenten, oder bei abweichenden Ansichten der Referenten einerseits, des Collegs andrerseits, nicht mit der Schärfe hervortreten, wie sie bei redigirten Entscheidungsgründen hervortreten würden. Hierzu kommt aber noch, daß die von den Referenten erstatteten Relationen regelmäßig ausschließlich nur den betreffenden Anwälten zur Einsicht freigestellt werden, so daß selbst Richter der ersten und zweiten Instanz die Einsicht nur durch die Abschriften der Anwälte oder nur auf dienstlichem

Digitized by Google

Wege, wenn sie etwa einen gleichen oder ähnlichen Stoff zu behandeln haben, erlangen können, was Alles die Ergründung eines in der Rechtsprechung festgestellten Satzes hindert und beziehungsweise es unmöglich macht, zu bestimmen, ob in Ansehung einer Frage eine unbedingt feste Rechtsprechung existire oder nicht. Wenn gleichwohl versucht worden ist, der Rechtsprechung überall zu folgen, so wird bei Erwägung obiger Verhältnisse — und nur hierauf hinzudeuten ist die Absicht der eben erfolgten Hervorhebung der Schwierigkeiten — jeder Billigdenkende von vornherein nicht erwarten, daß die Darstellung eine unbedingt vollständige und so unzweifelhaft richtige sei, um daraufhin den Ausgang eines Restitutionsstreits mit Sicherheit zu bestimmen, sondern wird die Bearbeitung so auffassen, daß dadurch nur möglichst vollständige Anhaltspunkte für die Behandlung von prozessualischen Restitutionssachen in Hessen gegeben sind, welche je nach den Verhältnissen einer Modification unterworfen sein können.

Um den Praktiker möglichst sicher zu stellen und ihm eine vollkommen selbstständige Prüfung zu ermöglichen, habe ich eine Reihe der wichtigsten Restitutionsfälle, welche bei dem Ober-Appellations-Gericht in Darmstadt zur Entscheidung gelangt und in der Bearbeitung allegirt sind, unter gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe, in einem besonderen Hefte dargestellt. Diese werden — in 70 Nummern — der gegenwärtigen Bearbeitung als „Belege" in der Kürze nachfolgen.

H.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Seite.

§. 1. Von der Restitution überhaupt. Ausscheidung der civilrechtlichen 1
§. 2. Quellen 4
§. 3. Literatur 5

Lehre selbst.

§. 4. Wesen der civilprozessualischen Restitution. Gang der Behandlung derselben 7

Erster Theil.

Bedingungen der Restitution.

Erstes Hauptstück.

Von der Verletzung.

§. 5. A. Begriff, Gang der Behandlung 9
§. 6. B. Von den prozessualischen Vorschriften, welche in abstracto die Verletzung veranlassen 10
§. 7. C. Von der Verletzung durch die Verschuldung des Richters. 12
§. 8. 9. D. Von der Verletzung durch die Handlungsweise der Parthieen 13
§. 10. E. Einzelne Voraussetzungen der Verletzung 21
§. 11. I) Die Prozeßvorschrift muß in Kraft getreten sein . 21
§. 12. II) Die Veränderung des Rechtszustandes muß einen Nachtheil mit sich führen 24
§. 13. III) Das strenge Recht darf nicht schon selbst Mittel zur Hebung der Verletzung statuiren 35
§. 14. 1) Grundsätze über die Zurücknahme resp. Berichtigung thatsächlicher Angaben der Advokaten . 35
§. 15. 2) Grundsätze über die exceptiones noviter emergentes 36
§. 16. 3) Die Restitution ist ausgeschlossen, wo die Grundsätze über die s. g. privilegirten Einreden ausreichen 38
§. 17. 4) Grundsätze über die Zulassung neuer Beweismittel beim Verlust eines Beweismittels . . . 40

Digitized by Google

		Seite.
§. 18.	5) Die Restitution ist ausgeschlossen, wo schon die ordentlichen Rechtsmittel helfen	41
§. 19.	6) Die Restitution ist ausgeschlossen, wo dem Nachtheil in gesondertem Verfahren abgeholfen werden kann	46

Zweites Hauptstück.

Von dem Restitutionsgrund.

Erster Abschnitt.

§. 20.	Begriff. Uebersicht der Restitutionsgründe	48

Zweiter Abschnitt.

§. 21.	Verhältniß zwischen Läsion und Restitutionsgrund . . .	51

Dritter Abschnitt.

Einzelne Restitutionsgründe.

A. Restitutionsgründe gegen Nachtheile, die durch positives Thun entstanden sind.

§. 22.	1) Zwang	61
§. 23.	2) Irrthum	68
§. 24.	I. Qualifikation desselben	68
	Privilegirte Personen	72
§. 25.	1) Frauen	72
§. 26.	2) Rustici	74
§. 27.	3) Soldaten	75
§. 28.	II. Umfang der Wirkung desselben	75
§. 29.	3) Betrug	82
§. 30.	4) Versehen der Vertreter	87
	I. Nothwendige Vertretung.	
	a) Minor aetas und Ausdehnung des Privilegs der Minores.	
	aa) Minor aetas.	
§. 31.	α) Allgemeines	88
§. 32.	β) Wirkung bezüglich positiver Handlungen	94
§. 33.	bb) Ausdehnung des Privilegs der Minores .	94
§. 34.	b) Haben der Haussohn und die Ehefrau besondere Ansprüche auf Restitution?	96
	II. Freiwillige Vertretung und Verbeistandung.	
§. 35.	a) Römisches Recht.	
	aa) Von eigentlichen Vertretern	97
§. 36.	bb) Von bloßen Rechtsbeiständen	99
§. 37.	b) Canonisches und Reichsrecht	105
§. 38.	c) Heutiges Recht	106
§. 39.	aa) Irrthum des Procurators	108
§. 40.	bb) Dolus desselben	117
§. 41.	cc) Culpa desselben	117

Digitized by Google

B. Restitutionsgründe gegen Nachtheile, die durch Unterlassen entstanden sind. Seite.

§. 42. 1) Entschuldigendes Hinderniß 121
§. 43. a) Verhinderungsgrund in der Person des Verletzten . 123
§. 44. Irrthum und Unwissenheit insbesondere . . 128
§. 45. Die s. g. deutschrechtliche Restitution . . . 135
§. 46. b) Verhinderungsursache in der Person des Gegners . 139
§. 47. c) Sonstige Verhinderungsursache 139
2) Versehen des Vertreters.
§. 48. a) Nothwendige Stellvertretung 142
§. 49. b) Freiwillige Stellvertretung und Verbeistandung . 142
§. 50. aa) Irrthum des öffentlichen Anwalts . . . 143
§. 51. bb) Dolus desselben 146
§. 52. cc) Culpa desselben 146
§. 53. dd) Entschuldbares äußeres Hinderniß in dessen Person 150

Vierter Abschnitt.

§. 54. Zusammentreffen mehrerer Restitutionsgründe (Cumulation) 155

Fünfter Abschnitt.

§. 55. Beschränkung der Wirkung einzelner Restitutionsgründe (Zurücknahme, Verhinderung, Vernichtung eines Eides, beziehungsweise des darauf gebauten Urtheils) . . . 158

Zweiter Theil.

Regeln, nach welchen die Restitution zur Ausführung kommt.

Erstes Hauptstück.

Das Gericht.

§. 56. I. Allgemeines 171
§. 57. II. Gerichtsbarkeit 171
§. 58. III. Gerichtsstand 172

Zweites Hauptstück.

Die Parthieen.

§. 59. I. Allgemeines 176
§. 60. II. Restitution zwischen Eltern und Kindern 180
§. 61. III. Welchen Einfluß äußert es, wenn auch der Proceßgegner jura minorum hat? 181

Drittes Hauptstück.

Das Verfahren.

Erster Abschnitt.

§. 62. Allgemeines 184

Zweiter Abschnitt.

§. 63. Es ist unverträgliches Urtheil noch nicht oder nur ein reines Contumacialerkenntniß ergangen 188

Digitized by Google

I. Restitution gegen Nachtheile, welche durch Unterlassungen entstanden sind. Seite

§. 64. A. Die ganze Handlung ist versäumt 189
§. 65. 1) Muß diese Restitution nachgesucht oder kann sie auch ohne Antrag ertheilt werden? 189
§. 66. 2) Inhalt des Restitutionsgesuchs 190
§. 67. 3) Verfügung und weiteres Verfahren 193
§. 68. 4) Rechtsmittel und einfache Beschwerden 196
§. 69. 5) Aufhebung des Rechts auf Restitution . . . 197
(Ablauf der Restitutionsbittfrist).
B. Es ist nur ein Theil der Handlung versäumt . . . 205
§. 70. 1) Kann hier auch ohne Antrag restituirt werden? . 205
§. 71. 2) Inhalt des Restitutionsgesuchs 209
§. 72. 3) Verfügung und weiteres Verfahren 211
§. 73. 4) Aufhebung des Rechts auf Restitution 212
§. 74. II. Restitution gegen Nachtheile, die durch positives Thun entstanden sind 213

Dritter Abschnitt.
Restitution gegen Urtheil.

§. 75. I. Allgemeines 214
§. 76. II. Restitutionsgesuch 214
§. 77. III. Verfügung, weiteres Verfahren, Urtheil. . . . 218
§. 78. IV. Rechtsmittel und einfache Beschwerden 222
V. Aufhebung der Restitution 223
§. 79. 1) Verjährung 223
§. 80. 2) Verzicht 230
§. 81. 3) Definitive Abweisung 230

Viertes Hauptstück.
Wirkungen.

§. 82. I. Welche Wirkung äußert die Einreichung des Restitutionsgesuchs? 232
§. 83. II. Welche Wirkung äußert die Ertheilung der Restitution? 235
§. 84. III. Zwischen welchen Personen äußert die ertheilte Restitution Wirkung? 239

Beilage. Das Remedium und Beneficium restitutionis der Rechtsprechung des Ober-Appellations-Gerichts in Darmstadt 243

Digitized by Google

Einleitung.

§. 1.

Von der Restitution überhaupt. Ausscheidung der civilrechtlichen.

Jede Gesetzgebung muß und wird es als leitendes Ziel ansehen, das geschriebene Recht mit dem inneren Rechtsgefühl in dem Maße in Einklang zu bringen, daß jeder demnächst der Beurtheilung zu unterwerfende Fall bei der Subsumtion unter das Gesetz dem höheren Rechtsbewußtsein conform sich entscheide. Der außerordentliche Umfang des Rechtsgebiets und die unbegränzte Mannigfaltigkeit des darauf sich entwickelnden Rechtslebens hindert aber die vollständige Erreichung jenes Ziels und selbst bei einer wohldurchdachten Gesetzgebung wird die Anwendung des Gesetzes auf einen einzelnen besonders gearteten Fall manchmal eine materielle Ungerechtigkeit mit sich führen. Die menschliche Satzung wird im Widerspruch stehen mit dem über ihr stehenden höheren Rechtsbewußtsein. Dadurch wird das Bedürfniß einer Abhilfe, einer Ausgleichung des sich gegenüberstehenden strengen Rechtes mit der aequitas eintreten. Dieses Bedürfniß wird um so fühlbarer und dringender sein, je niedriger der Standpunkt einer Gesetzgebung überhaupt ist und es wird, auch abgesehen hiervon, unabweisbar auf dem Gebiete der Civiljustiz eintreten, wo, anders wie im Strafrecht, ein persönliches Eingreifen der höchsten Regierungsgewalt in den concreten Rechtshandel völlig unstatthaft ist. Von vornherein liegen zwei Möglichkeiten vor uns, wie dem fraglichen Bedürfnisse Rechnung getragen werden kann. Es läßt sich davon ausgehen, daß dem Bedürfniß nur durch die

Digitized by Google

Gesetzgebung selbst abgeholfen werden könne, so daß also die abhelfende Norm nach ordnungsmäßiger Entstehung einfach in das Gebiet des positiven Rechtes eintritt. Man kann aber auch denken, daß die legislatorischen Verhältnisse eines Staates von der Art sind, daß schon von vornherein die Möglichkeit einer Abhilfe in Betracht gezogen und unter besonderen persönlichen und sachlichen Garantieen die Zulässigkeit eines außerordentlichen Rechtsbehelfs statuirt wird. Nur die letztere Art der Abhilfe, welche nicht wie die erstere, eine Reihe von Fällen dem strengen Recht zum Opfer bringt und der Aequitas nur nachhinkt, kann als der richtige Ausweg anerkannt werden, und in ihr beruht der Grundgedanke der Restitution, der Wiederherstellung eines dem strengen Recht nach verlornen Zustandes aus Gründen des höheren Rechtsbewußtseins.

Das römische Recht, auf welchem dieses Rechtsinstitut in seiner heutigen Gestalt wesentlich beruht, erkennt diesen Grundgedanken in schärfster Weise an und er ist es, welcher das Institut trotz der mannigfachsten Aenderungen und Wandlungen bei den Römern stets beherrscht hat. Jenes Recht zeigt uns zugleich eine ebenso naturwüchsige Entstehung, als interessante Entwicklungsart jenes Instituts. Die Prätur, das höchste richterliche Amt in Rom, zugleich aber durch die Möglichkeit des Erlasses der Edicte, durch welche der jeweilige Träger des Amts im Voraus die Grundsätze fixirte und veröffentlichte, nach welchen er entscheiden werde, mit nicht unerheblichen gesetzgeberischen Functionen bekleidet, war gerade die geeignete Behörde, um der Aequitas auch gegenüber dem strengen Recht ihren Einfluß zu sichern. Dieser Behörde verdankt zugleich die Restitution ihre weitere Ausbildung. Anfänglich nur in ganz allgemeinen Sätzen die Möglichkeit einer außerordentlichen Rechtshilfe sich vorbehaltend, führten die Prätoren nach und nach eine schärfere Begränzung jener Hilfe herbei, bis diese letztere — immer sorgfältiger beurtheilt und fortwährend einzelne Theile ihres Gebietes, auf welchen die ursprünglich außerordentliche Hilfe zu einem regelrechten Rechtsschutzmittel ausgebildet und hierdurch in das Bereich des strictum jus förmlich übergeführt worden war, verlierend — von bestimmten Rechtsgrundsätzen beherrscht, schließlich dem ordentlichen

Rechtsschutz ganz angenähert, wenn Sie haben wir das Institut der Restitution überkommen und in dieser Gestalt bietet es wenig der ursprünglichen Eigenthümlichkeiten dar, welche es bei seiner Entstehung auszeichneten. Gleichwohl ist der Grundgedanke derselbe geblieben und er muß bis auf den heutigen Tag als das Institut beherrschend und zu seinem inneren Verständniß unerläßlich festgehalten werden.

Vgl. Savigny System Bd. VII, §. 315—317.

Die vorliegende Abhandlung soll nur handeln von der Richtung und Wirkung jener außerordentlichen Rechtshilfe auf dem Gebiete des Civilprozesses. Es ist daher ausgeschlossen die Frage, in wiefern und unter welchen Umständen jener Rechtsbehelf Wirkung äußere, wenn Läsionen durch civilrechtliche Grundsätze (das Civilrechts-Gesetzbuch) entstanden sind, und es können folgeweise Verletzungen durch das Sachenrecht (Ersitzung ꝛc), das Obligationenrecht (verletzende Rechtsgeschäfte ꝛc), Familienrecht (verletzende Arrogation ꝛc) und das Erbrecht (verletzende Antretung einer Erbschaft ꝛc), überhaupt hier gar nicht zur Sprache kommen [1]) und ebenso wenig gehören die Verletzungen durch die Klagverjährung hierher, sofern in dieser Hinsicht überhaupt das Recht einen außerordentlichen Schutz gewährt. Vielmehr kommen hier nur solche Läsionen in Betracht, welche in dem Prozeß und durch die Prozeßvorschrift (die Civilprozeßordnung) entstanden sind, so daß also namentlich die Qualität der verletzenden Rechtsvorschrift das charakteristische Merkmal abgibt.

[1]) Derartige Verletzungen können (insofern das Verlangen des Verletzten nicht nachgegeben wird), selbstverständlich nicht anders zum Austrag kommen, als durch einen förmlichen Rechtsstreit und beziehungsweise in einem solchen. Dadurch wird aber die Restitution nicht zu einer civilprozessualischen, sondern das Restitutionsverlangen äußert sich wie eine Klage oder eine Einrede u. s. w. und ist in der That von einer gewöhnlichen Klage oder Einrede kaum verschieden. Vgl. hierher die Relation des Ober-Appellations-Gerichts in D. in S. Zielch ca. Babenhausen (1840). In dieser Sache war mit zwei prozessualischen Restitutionsgesuchen ein civilrechtliches zur Einbringung der exceptio restitutionis gegen ein verletzendes Kaufgeschäft verbunden. Beleg 1.

Digitized by Google

Quellen.

§. 2.

A. Römische.

Dig. lib. IV, Tit. 1 — 7; lib. XLII, 2 (de confessis), XI, 1 (de interrog. in jure fact.); Codex Just. lib. II, Tit. 20—55, lib. VII, 59 (de confessis); Paulus lib. I, T. 7 9. Codex Greg. lib. 2, T. 1—4; Codex Theod. lib. 2 T. 15—17.

B. Canonische.

Decret. Gregor. IX, lib. I, Tit. 41 (de in integr. rest.); lib. II, Tit. 18 (de confessis). Decret. Bonif. VIII, lib. I. Tit 21 (de in integr. rest.).

C. Gemeindeutsche.

Kammergerichtsordnung von 1495, Tit. 21, von 1535, §. 5, von 1555, III. 52. Deputationsabschied von 1600, §. 86. Gemeine Bescheide vom 7. Juli 1669 und 7. Juli 1671. Dubium camerale vom 19. Mai 1786 [1]).

---

[1]) Particulär-Hessische Quellen:

I) Gesetze und Verordnungen.

Civilprozeßordnung von 1724.

Ober-Appellations-Gerichtsordnung vom 12. April 1777. Tit. VII, Nr. 2.

Haupt-Justiz-Verordnung vom 17. März 1797, Beförderung der Justizpflege, Nr. XVII. XVIII.

Provisorische Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung vom 5. August 1804. §. 21.

Verordnung vom 12. April 1806, das Rechtsmittel der Restitution betr.

Verordnung vom 11. Januar 1812, Aufhebung der dilatorischen Termine betr. Art. 9 u. 10.

Verordnung vom 1. Mai 1830, Aufhebung der dilatorischen Termine betr. Art. 9. 10. 12.

Gesetz vom 12. Juli 1842, den Devolutiveffect des Rechtsmittels der Restitution betr.

Gesetz vom 20. August 1848, Art. 15. Restitution nach eingetretener Rechtskraft.

Digitized by Google

Literatur.

§. 3.

Ueber Restitution überhaupt:

Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1821.

von Schröter, über Wesen und Umfang der I. I. R. in der Zeitschrift für Civilrecht und Civilprozeß. Bd. VI Nr. III. S. 91 — 175.

Puchta, Cursus der Institutionen. II. §. 177. 209.

Derselbe, Pandecten §. 100 — 107. Vorlesungen ibid.

Ganz besonders aber:

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. VII. §. 315 — 343.

---

2) Gemeine Bescheide und Generalien.

a) Des Ober-Appellations-Gerichts.

Gemeiner Bescheid vom 9. März 1807.

Gemeiner Bescheid vom 22. Mai 1816. Ausgedehnt auf die Mittelgerichte lt. Ober-Appellations-Gerichts-Rescripts vom 19. Januar 1817.

b) Des Hofgerichts in Darmstadt.

Gemeiner Bescheid vom 19. Juli 1828.

Gemeiner Bescheid vom 17. Februar 1836.

c) Des Hofgerichts in Gießen.

Generale vom 16. August 1824 (148 der Sammlung).

Generale vom 19. Juli 1828 (302).

Generale vom 17. Mai 1832 (416).

Gemeiner Bescheid vom 5. Februar 1836 (514).

3) Präjudicien und Notizen.

a) Präjudicien des Oberappellations-Gerichts.

Nr. 36. 37. 49. 74. 139. 150. 161. 162. 164. 167.

b) Präjudicien des Hofgerichts in Darmstadt.

Nr. 60 (unprakt.) 87. 98.

Hierzu kommen folgende Einträge im Notizenbuch: Nr. 19. 84. 110. 145. 161. 166. (vgl. mit 186) 172. (vgl. mit Nr. 164 der O.A. G.Präj.). 191. 204. 215. 221. 233. 250. 275. 276. 340.

c) Notizen des Hofgerichts in Gießen.

Nr. 21. 43. 44. 45. 46. 192. 233. 282.

Digitized by Google

Ueber die historische Seite des Instituts:

Zimmern, der römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian, Abschnitt 5. S. 315 — 325.

Heffter, Institutionen des Civilprozesses. S. 492 — 506.

v. Bethmann-Hollweg. Handbuch des Civilprozesses I. §. 35.

Keller, der römische Civilprozeß. §. 79. 80.

Ueber civilprozessualische Restitution überhaupt:

Gensler, im Arch. für civ. Praxis. „Einiges über die Restitutionen in dem Gange des Civilprozesses, insonderheit gegen eröffnete, dem Ablauf der Zeit nach rechtskräftige richterliche Entscheidungen." Bd. IV. S. 112 — 149.

Schmid, Handbuch des Civilprozesses. Bd. III. §. 244 — 246.

Weiske, Rechtslexikon. Band IX. S. 355.

Bickell, Commentar zu dem (kurhess.) Prozeßgesetze vom 16. September 1834 in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen, Heft I. S. 121 — 208.

Wiedenmayer, die Wiedereinsetzung i. d. v. Stand nach bayr. Prozeßrecht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts. 1864.

Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses. II. Aufl. S. 617—644.

Ausschließlich vom Rechtsmittel der Restitution handeln:

v. Riedesel, Vorträge an den vollen Rath des Kaiserl. Kammergerichts. 1791.

v. Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Bd. III. S. 488 — 517.

v. Linde, Handbuch, Lehre von den Rechtsmitteln. Band II. S. 679 — 790 [1]).

---

[1]) Particulär-Hessische Literatur existirt, von einzelnen an den betr. Stellen zu erwähnenden Abhandlungen abgesehen, nicht.

Digitized by Google

Lehre selbst.

§. 4.

Wesen der civilprozessualischen Restitution. Gang der Behandlung derselben.

In dem §. 1 ist der Begriff und das Wesen der Restitution überhaupt zur Anschauung gebracht und das Gebiet der hier zu behandelnden civilprozessualischen Restitution eingegränzt, es ist aber zugleich hervorgehoben worden, wie die letztere nicht etwa ein besonderes, durch ganz eigenthümliche Rechtsgrundsätze beherrschtes Rechtsinstitut sei, sondern sich lediglich als ein Ausfluß des der Restitution überhaupt zu Grunde liegenden Gedankens, als eine bestimmte Richtung der Restitution darstelle. Es kann sich daher hier auch weniger darum handeln, einen bestimmten Begriff der civilprozessualischen Restitution aufzustellen, als vielmehr gerade die Eigenthümlichkeit der fraglichen Richtung der Restitution zur Anschauung zu bringen. Die Eigenthümlichkeit dieser Richtung ist nun aber durch die Natur des Prozesses von selbst gegeben.

Jedes richterliche Urtheil als Schlußpunkt eines Rechtsstreits überhaupt oder eines das Endurtheil stets mehr oder weniger bedingenden Incidentstreits, stellt sich als eine logische Schlußfolgerung aus dem Vorbringen der Parthieen und insofern als eine logische Nothwendigkeit dar. Denkt man sich nun, daß beide Parthien den Prozeß durchaus zweckentsprechend geführt haben, so kann von einer Verletzung einer Parthie im Rechtssinn nicht gesprochen werden. Die richterliche Entscheidung wird dem materiellen Rechte conform sein [1]). Anders aber ist es, wenn eine Parthie entweder etwas ihr Ungünstiges in die Akten niedergelegt hat, was dem wahren und erheblichen Sachverhalt oder einer zweckmäßigen Führung des Prozesses nicht entspricht, oder wenn sie etwas vorzutragen unterlassen hat, was dem Prozesse eine günstigere Wendung gegeben haben würde, der Prozeß sich nun aber in einem Stadium befindet, wo bestehender Prozeßvorschrift zu Folge das Vorgetragene nicht mehr

[1]) Unter der hier subintelligirten Voraussetzung, daß der Richter das Recht richtig anwendet. §. 7.

Digitized by Google

geändert, das Versäumte nicht nachgeholt werden kann. Mag in einem solchen Falle Urtheil ergangen sein oder nicht, immer wird hier eine Verletzung vorliegen, weil auch im letztern Falle das Urtheil stets durch das in den Akten befindliche Material bedingt ist. Soll nun ein solcher Nachtheil gehoben werden und ist der Fall so geartet, daß der Verletzte Restitution überhaupt beanspruchen kann, so kann dies nicht geschehen, ohne daß einestheils die entgegenstehende gesetzliche Vorschrift außer Wirksamkeit gesetzt (rescindirt), anderntheils dasjenige Material noch zugelassen und zur Verhandlung gebracht wird, welches, rechtzeitig vorgetragen, dem Prozeß die dem Verletzten günstigere Richtung gegeben haben würde. Das Erstere (die Rescission) ist allen Restitutionen gemein und die civilprozessualische Restitution bietet insofern, abgesehen von der Art der außer Wirksamkeit zu setzenden Vorschrift, keine Eigenthümlichkeit; die Eigenthümlichkeit der civilprozessualischen Restitution liegt vielmehr in dem Zweiten, nämlich darin, daß der Parthei gestattet wird, entweder noch ein in die Akten niedergelegtes positives Vorbringen zu beseitigen resp. zu ändern, oder ein unterlassnes Vorbringen einfach nachzubringen. In beiden Fällen wird ein bisher nicht relevirtes, also neues Material eingebracht und zugelassen, und wir können daher die civilprozessualische Restitution definiren als die Zulassung eines dem strengen Prozeßrecht nach nicht mehr zulässigen neuen Materials aus gesetzlich anerkannten Gründen der Billigkeit*).

Die nachfolgenden Erörterungen haben die Absicht festzustellen:

1) unter welchen Bedingungen eine solche außerordentliche Zulassung eines neuen Materials statthaft sei;
2) wie diese Zulassung zur Ausführung gebracht werde.

In ersterer Beziehung ist zu handeln: von der Verletzung, von dem Restitutionsgrund.

In zweiter Richtung: von den richterlichen Behörden, von den Partheien, von dem Verfahren, von der Wirkung der Restitution.

*) Dieses ist wenigstens der Charakter der heutigen Prozeßrestitution.

Digitized by Google

Erster Theil.

Bedingungen der Restitution.

Erstes Hauptstück.

Von der Verletzung.

§. 5.

Begriff und Gang der Behandlung.

Eine Restitution ist nicht möglich ohne eine Verletzung (laesio), d. h. einen dem strengen Prozeßrecht nach eingetretnen und durch dieses nicht mehr zu beseitigenden Nachtheil. Um der Natur dieses Requisits näher zu treten, ist es zunächst erforderlich,

1) sich über diejenigen Vorschriften des Prozeßrechts klar zu machen, welche der Regel nach die Verletzungen in abstracto bewirken.

Sodann führt die Erwägung, daß die Anwendung der Grundsätze des Civil- und Prozeßrechts stets durch den Richter geschieht, es aber denkbar ist, daß dieser das Recht falsch anwendet, und einzelne Prozeßvorschriften auch in diesem Falle in Wirksamkeit treten und Nachtheile veranlassen können, dazu

2) diese Art der Verletzung einer näheren Prüfung zu unterwerfen und — aus später zu erörternden Gründen — als nicht hierher gehörig auszuscheiden.

Es ist ferner

3) erforderlich, das Benehmen der Partheien in das Auge zu fassen, welches in Verbindung mit der Prozeßvorschrift die Verletzung im concreten Falle bewirkt.

Erst dann wird es

4) möglich sein, die Requisite der Verletzung im Einzelnen zu fixiren und dem oben aufgestellten Begriffe eine ganz concrete Gestalt zu geben.

Digitized by Google

§. 6.

Von den prozessualischen Vorschriften, welche in abstracto die Verletzung veranlassen.

Der alte römische Prozeß kannte eine sehr große Anzahl strenger Vorschriften, deren Außerachtlassung leicht Nachtheile der erheblichsten Art mit sich führen konnte.

So mußten

1) mit der angestellten Klage sofort die Beweisurkunden übergeben werden, bei Vermeidung des Verlustes der letzteren;

l. 1. §. 2—4. D. de edendo (II, 13).

2) Durch die Litiscontestation wurde das Klagerecht des Klägers vollständig und dergestalt consumirt, daß einer Wiederholung dieser Klage, auch wenn Urtheil noch nicht ergangen war, unter allen Umständen die exceptio rei in judicium deductae entgegenstand. Hiermit stand dann im Zusammenhang, daß nach rechtskräftig erledigter Sache die exceptio rei judicatae dem Kläger in ausgedehntestem Maße opponirt werden konnte; vergl. Keller über Litiscontestation und Urtheil nach classs. röm. Recht §. 8 ꝛc.

3) Wer sich einer plus petitio schuldig machte, verlor sein ganzes Klagrecht;

§. 33 J. de actionibus (IV, 6), Zimmern der röm. Civ. Pr. S. 535. §. 178.

4) Wenn eine zur Proceßcaution berechtigte Parthie einen Bürgen angenommen hatte, blieb sie durch diese Annahme gebunden, auch wenn sich der Bürge nachmals als völlig untüchtig, z. B. als Sclave, erwies;

l. 8. §. 2. Dig. qui satis dare cog. (II, 8).

5) Wenn eine Parthie auf eine interrogatio in jure (auf Befragen des Gegners von dem Prätor) oder aus freiem Antrieb vor dem Prätor ein Geständniß (confessio in jure) abgelegt hatte, so war sie hierdurch regelmäßig gebunden;

Savigny System Bd. VII. §. 308. 304.

Digitized by Google

6) Bei manchen Klagen galt der Grundsatz „lis infitiando crescit in duplum“, wie denn das römische Prozeßrecht überhaupt zahlreiche Privatstrafen für einzelne Handlungen der Parthieen androhte;

Zimmern l. c. S. 539. §. 179.

7) Die Römer kannten eine kurze Prozeßverführung;

Keller l. c. §. 15. S. 130 ꝛc.

8) Der römische Prozeß stellte endlich strenge Grundsätze über die Einhaltung von einzelnen Prozeßfristen und über die Rechtskraft auf.

Viele der aufgeführten Vorschriften sind schon im Justinianeischen Rechte unpraktisch geworden, andere sind durch das canonische Recht, wieder andere durch die deutsche Praxis beseitigt worden und nur wenige derselben haben sich, zum Theil nicht einmal in ihrer früheren Gestalt, erhalten. Für das jetzt geltende gemeine Prozeßrecht sind wesentlich nur folgende Sätze als diejenigen zu betrachten, welche Verletzungen veranlassen:

I. Sobald eine Parthie selbst oder durch ihren Vertreter Etwas in die Acten niedergelegt hat [1]), muß sie es gegen sich gelten lassen und es ist ihr die Zurücknahme oder Abänderung theils gar nicht, theils nur unter gewissen Beschränkungen gestattet;

Bayer Vorträge über den gem. ord. Civilprozeß. 8. Aufl. §. 693 ꝛc. insbes. 702.

II. Werden die den Parthieen obliegenden Handlungen in den ihnen hierzu vorbestimmten Fristen und Terminen nicht oder nicht vollständig vorgenommen, so können sie später nicht mehr vorgenommen oder vervollständigt werden und es treten insofern gewisse der Parthie ungünstige Fictionen ein;

Bayer l. c. S. 461 ꝛc. 494 ꝛc.

III. Ein den Parthieen eröffnetes Urtheil kann (auch abgesehen von der Rechtskraft) von dem urtheilenden Richter nicht widerrufen oder abgeändert, es kann ferner nur innerhalb des Decendiums mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten wer-

1) Dahin gehören auch Verzichte auf prozessualische Rechte.

Digitized by Google

den und es wird nach eingetretener Rechtskraft vollstreckbar, gleichgiltig, ob es dem materiellen Rechte entspricht oder nicht;

Linde, Handbuch Bd. IV. S. 31. §. 12. Savigny l. c. Bd. VI, S. 257. §. 280 ꝛc.

IV. Nach eröffnetem Zeugenrotul [2]) können über diejenigen Punkte, über welche bereits Zeugen vernommen worden sind, regelmäßig keine Zeugen mehr vernommen werden, sollte auch eine peremtorische Frist für Zeugenbenennung früher nicht vorbestimmt gewesen sein;

Bayer l. c. S. 949.

V. Ein zugeschobener acceptirter und ausgeschworner Haupteid kann von dem Deferenten nicht kurzer Hand zurückgenommen und durch andre Beweismittel ersetzt werden [3]).

Bayer l. c. S. 910.

§. 7.

Von der Verletzung durch die Verschuldung des Richters.

Manche der eben sub I — V aufgeführten Rechtsvorschriften sind von der Art, daß ein Nachtheil durch dieselben nur in der Weise denkbar ist, daß die Parthie denselben selbst vermittelt (z. B. V); andere dagegen haben eine solche Natur, daß sich ein Nachtheil auch dadurch denken läßt, daß der Richter das Recht falsch anwendet. Dahin gehört namentlich die Bestimmung

---

[2]) Für Hessen, wo die Zeugen in Gegenwart der Parthieen vernommen werden, ist die Vernehmung selbst entscheidend. Handelt es sich daher um Restitution gegen obige Vorschrift und haben mehrere Vernehmungen stattgefunden, so kommt es auf die Vernehmungen derjenigen Zeugen an, welche über die Punkte ausgesagt haben, über welche die im Restitutionsweg benannten Zeugen verhört werden sollen. Beleg 11. 12.

[3]) In Hessen ist die Unmöglichkeit der Zurücknahme des Haupteides schon an die Acceptation durch den Gegner geknüpft. Vgl. hierüber, sowie die analoge Ausdehnung dieses Grundsatzes auf den nothwendigen Eid in Hessen §. 49. Darüber, daß schon die Acceptation an sich, ohne Rücksicht darauf, ob ein Urtheil gefolgt ist, genügt, vgl. Rel. O.A.Gs z. E. vom 24. Sept. 1845 i. S. Isenburg-Büdingen ca. Haingründau, und Arch. f. pr. R. W. Bd. 3 S. 304.

Digitized by Google

über die Unwiderruflichkeit des Urtheils und die Rechtskraft. Es fragt sich nun aber, ob auch ein solcher Nachtheil, der also ausschließlich auf der Fehlsicht des Richters beruht, zur Restitution führen könne. Die Erwägung, daß, im Grund genommen, auch hier das strenge Recht (durch die Bestimmung über die Rechtskraft) die Verletzung veranlaßt und daß, rein vom Princip der Gerechtigkeit ausgegangen, auch hier die aequitas die Wiederherstellung des verlornen oder verminderten Zustandes fordert, könnte zu dem Glauben führen, daß Restitution stattfinden könne. Allein eine solche Annahme wird nicht nur durch die positiven Gesetze ausdrücklich widerlegt,

I. 17, D. de minoribus (IV, 4) vgl. m. Savigny l. c. S. 178, Note 128. Gönner, Handb. Bd. III, S. 502.

sondern es führt dahin auch die Thatsache, daß einestheils das Versehen des Richters nirgends ausdrücklich als Restitutionsgrund anerkannt ist, anderntheils keiner der anerkannten Restitutionsgründe mit einer Läsion der obigen Art in Causalzusammenhang gebracht werden kann [1]).

Gegen solche Verletzungen schützen daher lediglich die ordentlichen Rechtsmittel mit völligem Ausschluß der Restitution [2]).

§. 8.

Von der Verletzung durch die Handlungsweise der Parthieen.

Liegt die Veranlassung der Verletzung nicht in der Schuld des Richters, so kann sie nur in dem Benehmen der Parthie selbst ihren Grund haben. Ein solches verletzendes Benehmen zeigt sich nun entweder in positivem Thun oder im Unterlassen.

---

[1]). Bickell Commentar cit. S. 126 schließt in Fällen solcher Verletzungen die Restitution deßhalb aus, weil diese Letztere nur gegen das Recht in abstracto, nicht auch gegen Versehen des Richters schütze. Hierzu ist zu bemerken: Auch dann, wenn der Richter schief geurtheilt und das Urtheil die Rechtskraft beschritten hat, ist das Recht selbst die verletzende Ursache dadurch, daß es auch im Fall eines unrichtigen Urtheils den Eintritt der Rechtskraft statuirt. Es muß daher eine andere Begründung der Unzulässigkeit der Restitution gesucht werden.

[2]) Man hat eine Ausnahme bei der Restitution ob minorem aetatem und deren Ausdehnungen behauptet, aber mit Unrecht. Vgl. §. 31.

Digitized by Google

I. Verletzung durch positives Thun.

Alles Vorbringen einer Parthie stellt sich, abgesehen von (hierher nicht gehörigen) Rechtsdeductionen und Schlußfolgerungen, dar, entweder:

1) als ein Erklären über die Wahrheit oder Unwahrheit der vom Gegner vorgetragnen (natürlichen oder juristischen) Thatsachen — Einlassung — oder

2) als selbstständige Anführung. Diese letztere kann wieder entweder eine Angriffs- (resp. Gegenangriffs-) Handlung sein, welche sich auf das Materielle des strittigen Rechtsverhältnisses bezieht; oder eine sonstige selbstständige Anführung, wie z. B. Verzicht auf Rechtsmittel, Verzicht auf Beeidigung von Zeugen u. s. w.

Denkt man sich nun, daß das von der Parthie durch ausdrückliche Erklärung in die Acten Niedergelegte, soweit es sich auf das Materielle des Rechtsstreits bezieht, dem wahren Sachverhalt entsprechend ist, und die Parthie auch sonst Nichts vorgebracht hat, was bei sachentsprechender Führung des Prozesses hätte unterbleiben sollen, so kann von einer Verletzung durch positives Thun im Rechtssinn nie die Rede sein, denn wenn hier auch so ungünstige Erklärungen vorliegen, daß die Parthie schließlich den Prozeß verliert, so widerfährt ihr juristisch doch nur ihr Recht, einer Ausgleichung zwischen der aequitas und dem Rechtsspruch bedarf es nicht.

Anders aber ist es:

a) wenn durch das Vorgetragene eine vom Gegner aufgestellte, diesem letzteren günstige Behauptung ausdrücklich als richtig nachgegeben wird, obgleich jene Behauptung dem wahren Sachverhalt nicht entspricht (irriges, unvorsichtiges, absichtlich unrichtiges Zugeständniß einer Klagebehauptung u. s. w., irrige ꝛc. Anerkennung einer Urkunde) — Geständniß im engeren Sinn;

b) wenn eine sonstige (d. h. sich nicht als Einwendung eines gegnerschen Vorbringens darstellende) auf das Materielle der Sache bezügliche, jedoch dem wahren Sachverhalt nicht entsprechende Behauptung (Geständniß im weiteren Sinn) auf-

Digitized by Google

gestellt worden ist (es ist ein Klagfactum, eine Einrede in einzelnen Punkten unrichtig ponirt u. s. w.);

β) wenn eine anderweite Erklärung abgegeben worden ist, welche bei richtiger Beurtheilung der Sachlage nicht hätte abgegeben werden sollen (es ist z. B. in Folge irriger Beurtheilung auf ein Rechtsmittel verzichtet worden).

In diesen Fällen liegt eine Verletzung der Parthie in dem Augenblicke vor, sobald sie die unrichtige oder unzweckmäßige Erklärung (immer deren Erheblichkeit vorausgesetzt) in Folge einer Prozeßschrift nicht mehr ändern oder zurücknehmen kann, weil, auch bei noch nicht gefälltem Urtheil, dieses Letztere immer durch das Vorbringen der Partheien bedingt ist.

II Verletzung durch Unterlassung.

Denkt man sich hier, ähnlich wie zu I, daß die Parthie Alles vorgetragen hat, was auf den Prozeß von Einfluß sein kann, so kann auch hier von einer Verletzung nicht die Rede sein, wohl aber liegt eine solche vor, wenn erhebliche, auf das Materielle der Sache influirende Momente oder sonst erhebliches Vorbringen verabsäumt worden ist, die bestehende Prozeßlage aber die Nachholung nicht zuläßt, denn quod non est in actis, non est in mundo.

Bei einer solchen Unterlassung kann es nun sein:

a) daß eine ganze, an eine Frist geknüpfte Handlung versäumt worden ist (Einreichung der Exceptionalhandlung, Beweisantretung u. s. w.) — totale Fristversäumung;

b) daß zwar die an eine Frist geknüpfte Handlung im Allgemeinen vorgenommen, jedoch bei dieser Vornahme etwas Erhebliches verabsäumt worden ist (Vorschützen einer Einrede, Negation einer gegnerischen Behauptung, Benennung eines Beweismittels, Aufstellung einer einzelnen Appellationsbeschwerde u. s. w.) — partielle Fristversäumung;

c) daß eine nicht an eine Frist geknüpfte erhebliche Handlung verabsäumt worden ist.

Es war erforderlich, diese verschiedenen Arten zu trennen, weil sie in einzelnen Richtungen von verschiednen Grundsätzen beherrscht werden.

Digitized by Google

§. 9.

In dem vorhergehenden §. ist die Verletzung im Allgemeinen zur Anschauung gebracht worden. Bevor auf die einzelnen Voraussetzungen derselben übergegangen wird, ist es erforderlich, zwei Gesichtspunkte ganz besonders hervorzuheben, um bestehenden irrigen Auffassungen entgegenzutreten.

I. Damit eine Verletzung existent werde, ist nach dem früher Bemerkten immer erforderlich:

1) ein nachtheiliges Thun oder Unterlassen der Parthie und
2) eine Prozeßvorschrift, welche die Hebung jenes Nachtheils hindert.

Daraus folgt nun aber:

a) keine Restitution kann ausschließlich gegen ein präcludirendes Moment, z. B. ein Urtheil, gehen, sondern jede Restitution geht gegen ein Thun oder Unterlassen der Parthie und gegen die betreffende Prozeßvorschrift als untrennbare Vorbedingungen einer Verletzung[1]);

b) eine Verletzung existirt noch nicht, wenn zwar ein ungünstiges positives Vorbringen oder eine Unterlassung und ein in abstracto präcludirendes Moment vorliegt, dieses letztere aber seiner Natur nach der Verbesserung des positiven Vorbringens oder Nachholung des Versäumten nicht entgegensteht, m. a. W., wo das neue Material mit der präcludirenden Vorschrift verträglich ist[2]). Daher bedarf es z. B. in folgendem Falle keiner Restitution. Es war Beweisfrist nicht angesetzt oder der Richter hatte sie auf Antrag offen gehalten, der Beweispflichtige hat aber freiwillig Beweis angetreten und es ist Urtheil ergangen, welches die benannten Beweismittel zuläßt. Der Beweispflichtige hat nun aber eine Urkunde zu benennen

---

[1]) Ueber die Behauptung, daß es bei der rest. minorum unter Umständen auf das Thun oder Unterlassen der Parthie nicht ankomme, vgl. §. 31.

[2]) Ob das Material mit dem präcludirenden Moment unverträglich sei, ist quaestio facti. Vgl. Note. 5.

Digitized by Google

vergessen. Die Nachbringung dieser Urkunde kann ohne Restitution erfolgen, weil Beweisfrist nicht angesetzt war, das erlassene Urtheil aber der Nachbringung anderer Beweismittel seinem Inhalt nach nicht entgegensteht und also mit derselben verträglich ist [3]).

II. Im Laufe des Rechtsstreits kann es vorkommen, daß der Hebung der Verletzung (Nachbringung des betr. neuen Materials) mehrere präcludirende Vorschriften entgegentreten [4]), so daß also die ursprüngliche Läsion durch eine nachfolgende processualische Vorschrift gewissermaßen erneuert und befestigt wird. Es tritt dies namentlich dann ein, wenn zu der präcludirenden Kraft der Fristen

---

[3]) Anders natürlich, wenn das Urtheil neben der Zulassung der vorgebrachten Beweismittel auch ausdrücklich den Ausschluß mit den nicht vorgebrachten ausgesprochen hätte.

[4]) Es kann z. B. sein:

a) Daß sowohl die Vorschrift über die Rücknahme positiven Vorbringens (S. 6, I), als auch die Vorschrift bezüglich des Ablaufs der Termine entgegen stehen. (Man denke sich, daß die Erklärung auf Klage, in welcher ein irriges Zugeständniß einer vom Kläger behaupteten Thatsache enthalten ist, dem Gegner mitgetheilt, auch die Frist zur Erklärung abgelaufen ist).

b) Daß sowohl die Vorschrift über Rücknahme des positiven Vorbringens, als auch ein Urtheil entgegenstehen. (Auf ein im ersten Verfahren enthaltenes irriges Zugeständniß ist Urtheil ergangen.)

c) Daß sowohl die Vorschriften bezüglich des Fristablaufs, als auch die Unwiderruflichkeit des Urtheils entgegenstehen. (Es ist im ersten Verfahren die Einrede der Zahlung vorzuschützen unterlassen und darauf — noch nicht rechtskräftig — interloquirt worden).

d) Daß — abgesehen von den Bestimmungen über Rücknahme positiven Vorbringens und über Fristenablauf — mehrere Urtheile der Hebung der Läsion entgegenstehn. (In dem ersten Verfahren ist die Einrede des Verzichts vorzuschützen unterlassen worden, es wird darauf interloquirt und nach verfehltem Beweis Enderkenntniß nach Klagantrag erlassen).

Digitized by Google

und Termine noch ein (unverträgliches) Urtheil tritt [5]). Die Erwägung, daß einestheils durch den Hinzutritt eines neuen präcludirenden Momentes das frühere in seiner Kraft nicht geschwächt werden kann, anderntheils aber auch die Existenz des früheren die Existenz und Kraft des neueren nicht zu beeinträchtigen vermag, führt hier mit absoluter Nothwendigkeit zu dem Satze, daß in Fällen solcher Art das Restitutionsgesuch alle präcludirenden Vorschriften und gleichmäßig im Auge haben müsse. Dieser Satz ist für die Lehre von der Restitution von der größten Bedeutung, weil dann auch die Restitutionscausalien so geartet sein müssen, daß sie eine Restitution bezüglich aller präcludirenden Vorschriften rechtfertigen [6]), und er gilt namentlich auch bei der s. g. deutsch-rechtlichen Restitution. Dieß letztere hat man vielfach verkannt. Weil nämlich hier der Implorant einfach zu beeidigen hat, daß er das neue Material vor Erlaß des Urtheils nicht gekannt oder einzubringen nicht für dienlich gehalten habe, nahm man an, auf die etwa vor dem Urtheil vorhandenen präcludirenden Momente komme es gar nicht an. Allein mit Un-

e) Daß sowohl die Vorschrift über Fristablauf entgegensteht, als auch diejenige, daß nach Eröffnung des Zeugenrotulus keine Zeugen über denselben Punkt verhört werden sollen. (Hier kann selbstverständlich noch ein Urtheil präcludirend hinzutreten).

f) Daß sowohl die Vorschrift bezüglich der Unzulässigkeit der Zurücknahme eines acceptirten ausgeschwornen Haupteides (§. 6, V), als auch ein Urtheil entgegensteht. (Auf einen acceptirten ausgeschwornen Eid ist durch Urtheil erkannt).

[5]) Wann ein späteres Urtheil unverträglich sei, beziehungsweise der Hebung der ursprünglichen Läsion gleichfalls entgegen stehe, ist — wie früher angedeutet — quaestio facti. Beispielsweise mögen folgende Fälle angeführt werden. Das Beweisinterlocut steht der Zurücknahme von Geständnissen und der Nachbringung von Einreden u. s. w. selbstständig entgegen. Das Urtheil, welches über das Resultat des Beweises erkennt, der Nachbringung eines jeden neuen Beweismittels. Das Enderkenntniß steht sowohl neuen Einreden u. s. w., als neuen Beweismitteln entgegen. Dagegen steht ein Urtheil, welches die bis dahin benannten Beweismittel für zu- oder unzulässig erklärt, an sich der Nachbringung weiterer Beweismittel nicht entgegen.

[6]) Richtig anerkannt vom O.A.G. in Cassel. Vgl. Bickell l. cit. S. 182—184.

Digitized by Google

recht, denn in der Erhärtung des Umstandes, daß Implorant das betreffende Material vor Erlaß des Urtheils nicht gekannt oder dienlich nicht erachtet habe, liegt implicite, daß Implorant auch während der früher etwa abgelaufnen Frist das neue Material nicht gekannt oder dienlich nicht erachtet habe.

Auf der eben widerlegten Auffassung der s. g. deutsch-rechtlichen Restitution beruht auch wesentlich die Behauptung, als sei es ein ausschließliches und charakteristisches Merkmal dieser Restitution, daß sie stets direct gegen das zu rescindirende Urtheil gehe, während die römisch-rechtlichen Restitutionen, insofern dabei die Rescission eines Urtheils in Frage komme, immer zunächst gegen den Ablauf einer Frist und nur folgeweise gegen das betreffende Urtheil gingen [7]) Bei dieser Behauptung unterstellt man stillschweigend eine Actenlage, bei welcher dem Erlaß des zu rescindirenden Urtheils eine Präclusivfrist (welche schon an und für sich dem neu einzubringenden Material entgegensteht) vorausgegangen ist; und die angebliche directe Richtung der s. g. deutsch-rechtlichen Restitution wird dann bei jener Actenlage auf die oben widerlegte Auffassung dieser Restitution, als komme es bei ihr auf den Ablauf der dem Urtheil vorausgegangenen Frist nicht an, gestützt, während die den römisch-rechtlichen Restitutionen vindicirte Richtung umgekehrt, auf dem Gedanken beruht, als komme es bei diesen Restitutionen nur auf die Präclusivfrist an [8]) Von diesen beiden Auffas-

---

[7]) Der Schriftsteller, welcher hauptsächlich dieser Auffassung Geltung verschafft hat, ist Gensler Arch. f. civ. Pr. Bd. IV, S. 112 ꝛc. Die meisten ihm nachgefolgten Schriftsteller recapituliren dessen Behauptung beinahe wörtlich. Durch die fragliche Auffassung ist die Einsicht in die deutschrechtliche Restitution gehemmt und der Begriff des Remedium rest. verwirrt worden. Vgl. §. 44 und 45 und die Beilage „das Remedium rest. der Rechtsprechung des O.A.Gerichts in D."

[8]) Consequent gelangt man hier zu dem Satze, daß es bei den römisch-rechtlichen Restitutionen immer genüge, sofern nur die Fristversäumung entschuldigt werde. Das O.A.G. in Darmstadt geht wirklich so weit; vgl. aber §. 21 und die Beilage cit. Dem römischen Recht, welches die heutzutage übliche Vorbestimmung von Fristen zur Einbringung der Einreden ꝛc. und Beweismittel nicht kannte

Digitized by Google

sungen ist die eine so unrichtig, wie die andere; die erstere ignorirt mit Unrecht die selbstständige präcludirende Kraft der Frist, die letztere die selbstständige Kraft des Urtheils. Das Richtige aber ist einfach das, daß bei jener Actenlage jede Restitution, beruhe sie nun auf römisch-rechtlichen Restitutionsgründen oder auf dem gemeinen Bescheid von 1669, sowohl gegen die Frist, als auch gegen das Urtheil, also gegen beide in gleicher Linie und in gleicher Stärke geht, und daß folglich der oben behauptete Unterschied gar nicht existirt. Wenn es schon hiernach unzulässig erscheint, bei der oben unterstellten Actenlage eine Unterscheidung bezüglich der Richtung der deutsch-rechtlichen und römisch-rechtlichen Restitutionen in die Restitutionslehre hineinzutragen, so ist jene Unterscheidung um so verwerflicher, als dieselbe völlig unanwendbar und unzutreffend ist bei einer Actenlage, wo eine Präclusivfrist vor dem Urtheilserlaß nicht angesetzt war und folgeweise das Urtheil das einzige präcludirende Moment (die einzige Veranlassung der Läsion) ist [9]). Denn daß in einem solchen Falle auch bei römisch-rechtlichen Restitutionen von einer folgeweisen Richtung und Wirkung nicht die Rede sein könne, ist ebenso klar, als daß, wenn man überhaupt von Restitutionen sprechen will, welche direct gegen ein Urtheil

---

und bei welchem folgeweise alle Restitutionen, durch welche ein Urtheil angegriffen werden sollte, direct gegen das Urtheil gerichtet sein mußten, ist eine derartige Anschauung völlig fremd. Vgl. auch Beleg 1.

[9]) Diese Actenlage bildet allerdings nicht die Regel, weil nach dem heutigen Prozeßrecht für alles erhebliche Material regelmäßig bestimmte Fristen und Termine vorbestimmt werden. Allein sie ist doch in mannigfacher Weise möglich, z. B. wenn der Beklagte wegen eines Editionsgesuchs Offenhaltung der Erklärungs- oder Beweisantretungsfrist erlangt, dann ohne Fristbestimmung die Exceptions- resp. Beweisantretungsschrift eingereicht und nun der Richter ohne weitere Fristbestimmung die betreffende Schrift communicirt hat; oder wo die Parthieen freiwillig vor Gericht erscheinen, um gütliche Erledigung der Sache zu veranlassen, dann aber beim Fehlschlagen der Güte, sich sofort zu Protokoll geben und bis zum Schlusse verhandeln unter Hintersetzung zum Spruch. Wenn in solchen Fällen Urtheil ergangen ist und nun Restitution gesucht wird, so ist das Urtheil das einzige präcludirende Moment, welches anzugreifen ist.

Digitized by Google

gehen, dieser Ausdruck jedenfalls auch da seine vollste und schärfste Anwendung finden muß, wo bei jener Actenlage Restitutionsgesuche auf römisch-rechtliche Gründe gestützt werden.

§. 10.

Einzelne Voraussetzungen der Verletzung.

Wir haben die Verletzung (§. 5) bezeichnet als einen dem strengen Recht nach eingetretenen und durch dieses nicht mehr zu beseitigenden Nachtheil. Daraus folgen von selbst die Voraussetzungen der Verletzung. Es ist nämlich erfordert, einmal ein dem strengen Recht nach eingetretener Nachtheil, und dann, daß nicht schon das strenge Recht selbst ein Mittel zur Hebung des Nachtheils statuire. Das letzte Requisit ist negativer Natur und beruht auf dem Gedanken, daß wo schon das strenge Recht Mittel zur Hebung des betreffenden Nachtheils biete, die Restitution überflüssig und also unzulässig sei. Die erste Voraussetzung aber hat eine positive Natur und läßt sich in zwei Sätze auflösen. Da nämlich einestheils ein Nachtheil im Rechtssinn nicht gedacht werden kann, ohne daß eine bestimmte Prozeßvorschrift in Wirksamkeit getreten und hierdurch der frühere Rechtszustand verändert worden ist, anderntheils aber die Wirksamkeit der Prozeßvorschrift und der hierdurch veränderte Zustand nicht immer unbedingt auch einen Nachtheil für die Parthie mit sich führen muß, so läßt sich sagen, die Verletzung erfordere einmal den Eintritt der Wirksamkeit der Prozeßvorschrift als Voraussetzung der Veränderung des Rechtszustandes und sodann weiter einen durch diese Veränderung für die Parthie eingetretenen Nachtheil.

§. 11.

I. Die Prozeßvorschrift muß wirklich in Kraft getreten, es muß dadurch der frühere Rechtszustand wirklich verändert worden sein.

Daraus folgt:

1) eine Verletzung und folgeweise ein Fall der Restitution liegt nie vor, wenn die Parthie das unrichtig oder unzweckmäßig

Digitized by Google

Vorgetragene nach dem strengen Prozeßrecht noch kurzer Hand ändern kann [1]).

[1]) Die Frage, wie lange positives Vorbringen kurzer Hand zurückgenommen werden könne, gehört zwar streng genommen nicht in die Lehre von der Restitution, so wenig wie die Fragen, wann die auf Versäumung der Fristen und Termine stehenden Rechtsnachtheile sich realisiren, wann die Rechtskraft eintrete u. s. w. Bei der Zweifelhaftigkeit jener ersten Frage und da es sich hierbei um die Feststellung der Gränze der Restitution handelt, scheint es indessen nichts desto weniger zweckmäßig, die deßfallsigen Grundsätze hier kurz zu erörtern. Die Zweifel, welche bezüglich jener Fragen sich erheben, drehen sich nicht sowohl um die Fälle, wo bereits ein unverträgliches Urtheil erlassen oder eine für das betr. Vorbringen vorbestimmte Frist abgelaufen ist, denn daß bei einer solchen Aktenlage nur noch durch Restitution geholfen werden könne, ist von selbst klar, als vielmehr um den Fall, wo entweder eine Präclusivfrist gar nicht angesetzt war, Urtheil aber noch nicht erlassen ist, oder wo die angesetzte Frist noch nicht abgelaufen ist. Um diese Zweifel zu lösen, ist zu unterscheiden:

1) Handelt es sich um die Zurücknahme eines Geständnisses im engeren Sinne (d. h. der Einräumung einer vom Gegner behaupteten — juristischen oder natürlichen — Thatsache, wohin auch die Anerkennung der Aechtheit, Zulässigkeit ꝛc. gehört), so lassen sich hierbei von vornherein vier Ansichten denken. Man könnte davon ausgehen, daß die Unmöglichkeit der Abänderung schon mit der Einreichung der betr. Schrift (Abgabe der betr. protokollarischen Erklärung) eintrete, man kann diese Wirkung aber auch erst an die Mittheilung der betr. Schrift ꝛc. an den Gegner, oder aber erst an die Beantwortung der Schrift durch den Gegner, oder endlich erst an den Ablauf der betr. Frist resp. (im Falle einer solchen nicht angesetzt war) den Eintritt eines sonstigen präcludirenden Momentes knüpfen. Erwägt man indessen, daß der Grund, warum das Geständniß förmliche Wahrheit bildet, richtiger Ansicht zu Folge gerade und lediglich in der gerichtlich erklärten Uebereinstimmung der Parthieen liegt,

Savigny l. cit. S. 41.

folgeweise aber auch jene Richtung des Geständnisses und die damit in Zusammenhang stehende Unwiderruflichkeit gerade mit dem Augenblick eintreten muß, wo die Uebereinstimmung der Parthieen eintritt, so müssen die beiden letzteren Ansichten sofort

Digitized by Google

Ebensowenig liegt

2) eine Verletzung vor, wenn schon das strenge Prozeßrecht die Nachholung des Versäumten nicht hindert [2]).

---

verworfen werden. Man wird aber weiter sofort auch zur Verwerfung der ersten Ansicht gedrängt, wenn man ins Auge faßt, daß durch die Einreichung der betr. Erklärung noch keine wahre Uebereinstimmung der Parthieen erzielt werden kann, weil diese nur unter der Voraussetzung des gegenseitigen Bewußtseins denkbar ist. Daher kann denn auch nur die zweite, d. h. die Ansicht als die richtige bezeichnet werden, daß Geständnisse im engeren Sinn dann k. H. nicht mehr zurückgenommen werden können, wenn der Gegner durch Mittheilung des betr. Geständnisses das Bewußtsein der Uebereinstimmung erlangt hat.

Die richtige Ansicht ist z. B. vertreten von Schmid Handb II, § 131, Note 41. — Dagegen will Brackenhöft, Arch. f. civ. Pr. Bd. XX, S. 362 ꝛc. die Entscheidung von der Frage abhängig machen, wie lange Parteivorträge abgeändert werden können, während gerade umgekehrt zu operiren ist. Hierbei müssen freilich die Parteivorträge in ihre Bestandtheile zerlegt werden.

2) Handelt es sich um Zurücknahme eines positiven Vorbringens, welches sich nicht als Geständniß im engeren Sinn, sondern als selbstständige Anführung darstellt, so ist

a) bei Angriffshandlungen, sollten sie auch nur zur angriffsweisen Vertheidigung dienen (Klagvorbringen, Einreden, Repliken, Beweisantretungen, Beweiseinreden, Appellationsrechtfertigungen u. s. w.) die Regel festzuhalten, daß solche Handlungen nicht mehr zurückgenommen oder geändert werden können, wenn der Gegner sich auf die Angriffshandlung eingelassen hat. Bezüglich der Klage ist dies in den Gesetzen ausdrücklich ausgesprochen c. 3 C. 2, 1. vgl. mit c. un. C. 3, 9, Bayer Vortr. S. 549 fg., und es erscheint zulässig, diesen Grundsatz auf Einreden (reus excipiendo fit actor) und sonstige Angriffshandlungen auszudehnen.

b) Bei sonstigen selbstständigen Anführungen, z. B. Verzichten auf prozessualische Befugnisse, ist die Zurücknahme unzulässig, sobald solche eingereicht sind, weil derartige Anführungen insbesondere dem Gerichte gegenüber gemacht werden. Vgl. auch Notizenbuch Hofgerichts in D. Nr. 310.

[2]) Nach Hessischem Recht sollen den streitenden Theilen regelmäßig zur Erledigung der Auflagen vierzehn freie Tage gelassen werden. Die

Digitized by Google

Dagegen ist

3) eine wahre Veränderung des Rechtszustandes schon in der Eröffnung eines Urtheils (abgesehen zunächst von der Rechtskraft) zu erkennen, weil jedes Urtheil einestheils unwiderruflich ist und anderntheils den Keim der Rechtskraft in sich birgt. Hat daher z. B. eine Parthie die Einbringung eines erheblichen Materials vorher versäumt, so ist eine Verletzung schon durch die Eröffnung des Urtheils allein gegeben [3]) und es bedarf nicht auch des Eintritts der Rechtskraft [4]).

§. 12.

II. Die Veränderung des Rechtszustandes muß einen Nachtheil mit sich führen.

Bei der Frage, wann ein wahrer Nachtheil für die Parthie vorliege [1]), sind die Verletzungen durch positives Thun und diejenigen durch Unterlassen zu trennen.

Befolgung dieser Vorschrift wird als ein essentiale der Realisirung des betr. Rechtsnachtheils angesehen. Denkt man sich nun, daß bei Ansetzung eines Termins diese Vorschrift außer Acht gelassen ist, so ist, insofern nicht gehandelt worden ist, trotz des Ablaufs des Termins, der Rechtsnachtheil nicht realisirbar und folglich eine wahre Veränderung des Rechtszustandes nicht vorhanden.

[3]) Daraus folgt, in Verbindung mit der Erwägung, daß die ordentlichen Rechtsmittel eine Verletzung durch das Verschulden des Richters releviren, während die Restitution Läsionen ganz andrer Art zu heilen sucht, die regelmäßige Verträglichkeit der letzteren mit ordentlichen Rechtsmitteln. Vgl. §. 18.

[4]) Den Eintritt dieser letzteren erfordert mit Unrecht Bickell l. cit. S. 126. Die Hessische Gesetzgebung erfordert solche ausdrücklich nicht. Die Verordnung vom 12. April 1806, §. 3, spricht nur von der „richterlichen Entscheidung“ ohne Rücksicht auf die Rechtskraft, statuirt also Restitution gegen das Urtheil schon vor der Rechtskraft. Ganz in Uebereinstimmung steht hiermit das Gesetz vom 12. Juli 1842, welches das Rechtsmittel der Restitution schon während schwebender Rechtskraft zuläßt, indem es die Cumulation mit einem ordentlichen Rechtsmittel ausdrücklich gestattet. Art. 1 und 2.

[1]) A priori betrachtet, kann man bei Prüfung dieser Frage von einer sehr strengen Auffassung ausgehen. Man kann sagen, ein Nach-

Digitized by Google

I. Bei den ersteren betrachten wir zunächst den Fall

a) wo es sich um die Einräumung einer Thatsache (sei es eine natürliche oder juristische) handelt.

Hier ist ein Nachtheil im Rechtssinn nur möglich, wenn die Thatsache

aa) unwahr und

bb) erheblich für den Prozeßausgang ist, beziehungsweise gewesen ist (ein etwaiges Urtheil muß dadurch motivirt worden sein).

Was sodann

b) den Fall betrifft, wo sich das positive Vorbringen nicht auf eine Thatsache bezieht, z. B. Verzicht auf ein Rechtsmittel, so genügt es, wenn dieses Vorbringen schon an sich den Charakter der Verletzung in sich trägt.

II. Dreht es sich darum, zu entscheiden, ob eine Unterlassung in der That als benachtheiligend angesehen werden könne, so sind insofern zwei Gesichtspunkte von Bedeutung. Es kommt nämlich in Betracht zunächst

1) die Art der Unterlassung (Versäumung),

2) das Stadium des Prozesses, in welchem die Restitution nachgesucht wird.

---

theil könne dann noch nicht als wirklich vorhanden, beziehungsweise gewiß angenommen werden, so lange noch denkbarer Weise der ordentliche Prozeßgang im Schlußeffect jenen anscheinenden, resp. drohenden Nachtheil einflußlos machen könne. Auf die Spitze getrieben, würde diese Auffassung dazu führen, den Nachtheil erst dann als gewiß anzunehmen, wenn das Enderkenntniß rechtskräftig sei und die Execution also unmittelbar drohe, weil vorher in abstracto mögliche Wechselfälle der Parthie immer noch zum Siege verhelfen könnten. Allein diese Auffassung ist nicht die des römischen Rechts, welches eine Läsion schon als vorhanden annimmt, wo auch nur ein Rechtszustand vermindert oder aus einem sicheren Recht ein unsicheres geworden ist, Savigny l. c. S. 121, und also die Läsion schon in ihrer Entstehung saniren läßt. Neuere Gesetzgebungen folgen mehr oder weniger der strengeren Ansicht, indem sie z. B. Restitution gegen Voretkenntnisse ausschließen. Bickell l. c. S. 136 vgl. m. 126.

Digitized by Google

Zu 1. sind zunächst die einzelnen Arten der Unterlassungen zur Anschauung zu bringen.

Es kann einmal, wie früher (§. 8) bemerkt, eine ganze prozessualische Handlung (Exceptionalhandlung z. B.), es kann aber auch nur ein Theil der betr. Handlung versäumt sein. In letzterem Fall ist es wieder möglich, daß versäumt worden ist

a) einen Theil des gegnerischen Vorbringens zu verabreden (partielle Versäumung negativer Litiscontestation),

c) eine selbstständige Anführung vorzubringen.

Die wichtigsten Arten derartiger Versäumungen sind nun

A. im ersten Verfahren:

aa) Versäumung einzelner relevanter Theile der Klage,

bb) Versäumung von Einreden, Repliken, Dupliken (mögen diese nun ein eigenes thatsächliches Fundament haben [3]), wie z. B. der Zahlung, Compensation u. s. w., oder ohne wesentlich selbstständiges

[3]) Man spricht häufig von Restitution wegen neuer Thatsachen. Diese Art der Bezeichnung ist nicht geeignet, die Läsion scharf hervortreten zu lassen, da Thatsachen nur dann zur Restitution führen, wenn sie das Fundament einer Einrede, Replik u. (im ersten oder Beweisverfahren) abgeben, in diesem Falle aber nicht sowohl wegen der neuen Thatsache, als wegen der neuen Einrede restituirt wird. Jener Ausdruck Rest. w. neuer Thatsachen beruht auf dem Gem. Bescheid von 1669, welcher bestimmt, daß auf Grund des Nichtwissens und Nichtdienlicherachtens nur dann Restitution stattfinden soll, wenn es sich um in facto erhebliche Umstände handelt. Die Hervorhebung der Thatsachen hat nun aber hier wenigen die Absicht, die zu heilende Läsion zu präcisiren, als die Qualification der causa restitutionis (ignorantia) festzustellen. Nur in diesem Zusammenhang gibt die Hervorhebung der Thatsachen einen richtigen Sinn und es wird denn auch bei dem obigen Ausdruck regelmäßig implicite die fragliche causa rest. subintelligirt. Gerade dadurch werden nun aber bei der obigen Bezeichnung die Läsion (Unterlassung erheblicher Einreden) und der Restitutionsgrund (concurrirende ignorantia [error] facti, die selbstverständlich Thatsachen voraussetzt,) vermischt, was deren richtige Erkenntniß hindert. Um so mehr sollte der ohnehin ungenaue Ausdruck vermieden werden. Vgl. S. 44 und 45.

Digitized by Google

thatsächliches Fundament sich schon vermöge eines Rechtssatzes aus dem bereits vorhandenen thatsächlichen Material herleiten lassen, wie z. B. die exceptio SCti Vellejani, SCti Macedoniani, excussionis, cedendarum actionum);

B. im Beweisverfahren:

aa) Unterlassung der Benennung einzelner Beweis- und Gegenbeweismittel (mögen diese nun solche sein, welche jede Partei von vorn herein kennen muß, wie Eid, Expertise, richterlicher Augenschein, oder solche, deren Kenntniß nicht unbedingt angemuthet werden kann, wie Zeugen, Urkunden)[4];

bb) Unterlassung von Beweiseinreden, Repliken u. (mögen diese auf einem selbstständigen thatsächlichen Fundament beruhen, wie die Einrede der Bestechung der Zeugen, oder auf einem einfachen Rechtssatz z. B. exceptio non numeratae pecuniae);

C. in der Rechtsmittelinstanz:

aa) Unterlassung der Einlegung, Einführung oder Rechtfertigung eines Rechtsmittels,

bb) Unterlassung der Aufstellung eines Gravamens.

Zu 2. Der Gang des Prozesses, als eines sich in bestimmten, durch jeweilige Urtheile zu erledigenden Abschnitten entwickelnden Verfahrens, bringt es nicht nur mit sich, daß der Hebung einer in einem früheren Prozeßstadium unterlaufenen Unterlassung, insofern deren Nachholung nicht schleunigst erstrebt wird, immer mehr Hemmnisse entgegentreten, sondern auch, daß das für den Hauptprozeß erhebliche Material inzwischen beigebracht wird und durch die jeweiligen Urtheile eine immer schärfere Begränzung und vollständigere und eingehendere Würdigung erhält. Dieser Verlauf kann nicht ohne Einfluß auf die Prüfung der Frage bleiben, ob die fragliche

[4]) Wenn man von der technisch s. g. „Restitution wegen neuer Thatsachen und Beweismittel" spricht, so hat man in Ansehung der Beweismittel regelmäßig nur die oben zuletzt erwähnten Beweismittel im Auge, weil hier immer zugleich schon an den Rest.-Grund (ignorantia) 2c. gedacht wird. Der Ausdruck ist also eigentlich zu weit.

Digitized by Google

Unterlassung in der That einen materiellen Nachtheil mit sich geführt habe. Denn während die vereinigte Kraft der präcludirenden Momente den Richter zu einer schärferen Prüfung auffordern muß, bietet zugleich das Material des Hauptprozesses, welches naturgemäß mit in Betracht gezogen werden muß, eine um so erhöhtere Möglichkeit einer solchen verschärften Prüfung. Jene Strenge und diese Möglichkeit erreichen ihren Höhepunkt in dem rechtskräftigen Endurtheile, weil es als Resultat aller vorausgegangenen Urtheile die höchste Weihe beansprucht und zugleich eine insoweit unanfechtbare Beurtheilung und Feststellung des im Hauptprozesse ventilirten Streitmaterials in sich schließt. Wir können daher allgemein den Satz aufstellen, daß bei Unterlassungen ein Nachtheil um so leichter anzunehmen ist, je früher, und um so schwieriger, je später die Restitution erbeten wird. Die Verfolgung dieses Satzes in alle möglichen Prozeßlagen ist bei deren unendlichen Mannigfaltigkeit selbstverständlich unmöglich, wohl aber erscheint es zweckmäßig, zwei Hauptfälle einer näheren Betrachtung zu unterziehen, nämlich einmal den Fall, wo der Nachholung der Unterlassung lediglich eine Frist- oder Terminversäumung entgegensteht, wo also die Läsion sich noch einfach im Bereiche der Formvorschrift bewegt, und sodann den Fall, wo der Läsion ein Urtheil gefolgt ist und dieselbe also bereits einen mehr oder weniger materiellen Ausdruck gefunden hat.

Bei dieser Betrachtung werden die zu 1 unterschiedenen Arten der Versäumung praktische Bedeutung erlangen.

I. Es ist Urtheil nach der Versäumung noch nicht ergangen. Handelt es sich hier

1) um einen solchen Fall der Versäumung, wo innerhalb der vorbestimmten Frist, gar nicht gehandelt worden ist, so könnte man bei strenger Auffassung des Begriffs „Nachtheil“ zu der Annahme geführt werden, daß ein solcher nur dann als vorhanden angenommen werden könne, wenn in der That etwas Erhebliches versäumt worden sei, so daß also eine Restitution nicht allein die Nachbringung der versäumten Handlung an sich, sondern auch Erheblichkeit des Inhalts derselben erforderte. Erwägt man aber, daß der Ausschluß

Digitized by Google

der Parthei mit einer dem Recht nach vorgeschriebenen oder von Richtern statuirten Prozeßhandlung schon an sich die Rechtsvertheidigung der Parthie wesentlich beschränkt oder doch vermindert und daß die Restitution auch bei einem nur vermindertem Rechtszustande stattfindet, so wird man jene Annahme sofort als unrichtig verwerfen und schon den Ausschluß mit der betr. Handlung an sich als einen zur Restitution führenden Nachtheil ansehen müssen [5]) [6]).

Handelt es sich dagegen

2) um einen Fall, wo nur ein Theil der betr. Prozeßhandlung versäumt worden ist (vgl. oben zu 1. A, B und C), so kann hier, da der partielle Ausschluß nicht so, wie der Ausschluß mit der ganzen Prozeßhandlung, die Natur einer Verletzung hat, nur dann ein Nachtheil angenommen werden, wenn ein erheblicher Theil versäumt worden ist und diese Erheblichkeit aus dem Restitutionsgesuch erhellt. Dieser Satz gilt nicht bloß bei neuen Einreden, Repliken u. s. w., sondern auch bei neuen Beweismitteln, hier jedoch nur in dem Sinne, daß dasjenige von Erheblichkeit sein muß, was durch die Beweismittel erwiesen werden soll. Nur eine Folge dieser Sätze ist

---

[5]) Das Hessische Prozeßrecht bezeichnet die Nachbringung der versäumten Handlung ausdrücklich als wesentliche Bedingung einer solchen Restitution, „es wäre denn, daß die Verhinderungsgründe von der Art wären, daß eine Unmöglichkeit, die Handlung einzuliefern, klar erhellte, in welchem Falle über das Restitutionsgesuch allein zu erkennen und wenn demselben willfahrt wird, die erforderliche weitere Frist zu ertheilen ist." V.O. v. 11. Januar 1812, Art. 9, Nr. 3. Gesetz vom 1. Mai 1830, Art. 10, Nr. 3. die Aufhebung der dilatorischen Termine betr.

[6]) In Anerkennung dieses Grundsatzes hat das O.A.G. in D. in vielen Fällen angenommen, daß die Versäumung eines Rechtsmittels an sich eine wahre Verletzung enthalte, ohne daß es des Nachweises der materiellen Unrichtigkeit des Urtheils bedürfte. Vgl. Entscheidung in Seuffert's Archiv Bd. 4, Nr. 191 v. 18. April 1849. Stadt Münzenberg ca. Grafen Solms-Laubach, 19. März 1830. Gemeinde Staaden und Ober-Mockstadt ca. Isenburg-Büdingen, Besitzstörung betr. 1839. Gürtler ca. Breidenbach, Beleg 24.

Digitized by Google

es, daß, wenn eine Parthie neue Zeugen oder Urkunden benennt, um einen directen Gegenbeweis in einer besonders hervorgehobenen Richtung zu führen, dieser angebliche Gegenbeweis im Verhältniß zum Vorbeweis sich auch wirklich als directer Gegenbeweis darstellen muß [7]).

Besteht die theilweise Versäumung darin, daß unterlassen wurde, einen Theil des gegnerischen Vorbringens zu verabreden, und ist in Folge hiervon affirmative Litiscontestation fingirt worden [8]), so gelten wesentlich dieselben Grundsätze, als wenn die betr. Thatsache ausdrücklich zugestanden worden wäre;

vgl. Hoffmann im Arch. f. prakt. R. W. Band I. Heft 1, S. 108 ꝛc.

II. Es ist Urtheil nach der Versäumung ergangen.

Ist hier

1) die ganze Handlung versäumt gewesen und ist das darauf ergangene Urtheil ein reines Contumacialerkenntniß, so gelten hier einfach die sub. I, 1. erörterten Grundsätze; liegt dagegen ein gemischtes Contumacialerkenntniß vor (es ist z. B. nur die Duplik versäumt), so sollte, da hier das Urtheil nicht blos auf die contumacia, sondern zugleich auf das in

---

[7]) In S. Marschcommissär Müller ca. Gemeinde Spachbrücken, war dem Kläger Beweis dahin auferlegt worden: 1) daß er als Schultheis definitiv angestellt gewesen, 2) daß sein Ruhegehalt in dieser Eigenschaft in Folge der Gemeindeordnung für die Gemeinde S. auf 348 fl. 33 kr. jährlich, für die Gemeinde Z. auf 42 fl. 11 kr. jährlich regulirt worden sei. Später suchte die Beklagte im Restitutionsweg mit einem Gegenbeweis aufzukommen und gab Erklärung dahin ab, daß sie mit dem neuen Gegenbeweis darthun wolle, daß der Ruhegehalt in der von dem Kläger behaupteten Größe nicht für die Zeit seines Austritts als Schultheis bis zu seiner am 5. Sept. 42 erfolgten Pensionirung als Steuererheber von der Behörde regulirt worden sei. Der Kläger bestritt die Zulässigkeit des Restitutionsgesuchs, weil das zu Erweisende zum Beweisthema nicht im Verhältniß des Gegenbeweises stehe, ein Einwand, der vom O.A.G. in D. durch E. v. 15. Juni 1855 gebilligt wurde. Beleg 61.

[8]) Wie jetzt in den meisten Staaten durch Particulargesetzgebung vorgeschrieben ist, insbesondere auch in Hessen.

Digitized by Google

den vorhandenen Schriften enthaltene Material gebaut ist, eigentlich ein Nachtheil nur dann angenommen werden, wenn in der That etwas Erhebliches nachgebracht wird. Die Praxis scheint sich indessen der milderen Ansicht zuzuneigen und auch hier schon in dem Ausschluß mit der betr. Handlung überhaupt einen zur Restitution führenden Nachtheil zu erblicken [9]).

Ist dagegen

2) nur ein Theil einer Prozeßhandlung versäumt, so kann ein Nachtheil nur dann angenommen werden, wenn das neue Material überhaupt und insbesondere im Verhältniß zur Prozeßlage erheblich ist [10]).

Beabsichtigt daher eine Parthie eine Einrede einzubringen, so müssen die desfalls vorgetragenen Verhältnisse auch von der Art sein, daß sich das Vorgetragene im Verhältniß zu der Klage wirklich als Einrede auffassen läßt [11]).

---

[9]) Nach der Hess. Particulargesetzgebung ist dies noch weniger bedenklich, als nach gemeinem Recht, weil die V.O. vom 11. Jan. 1812 und das Gesetz vom 1. Mai 1830 die Voraussetzungen der Restitution gegen totale Fristversäumungen aufführt, ohne einen Unterschied bei reinen und gemischten Contumacialerkenntnissen hervorzuheben.

[10]) Die Hess. O.A.G.-Ordnung v. 12. April 1777, Tit. 7, §. 2 erforfordert „Umstände und Urkunden, die so gethan sein, daß das Urtheil, wenn das Gericht vorhin davon Wissenschaft gehabt, anders hätte ausfallen müssen."

[11]) In S. Schönbergers Ehefrau ca. Reimherr betrachtete es das O.A.G. als Vorbedingung des nach rechtskräftigem Erkenntniß auf Einbringung der exceptio SCti Vellejani gerichteten Restitutionsgesuchs, daß das der Klage zu Grund liegende Geschäft eine Intercession enthalte, weil nur unter dieser Voraussetzung die neue Einrede erheblich sei; 1831. — In S. Gemeinde Harpertshausen ca. Funk untersuchte der Referent zunächst, ob die einzubringende Einrede der einjährigen Verjährung Anspruch auf Beachtung habe, wenn sie rechtzeitig vorgetragen worden wäre. E. v. 7. Juli 1849. In S. der katholischen Kirche Nieder-Mörlen ca. Cameralfiscus Intervenien z. S. des Letzteren ca. die katholische Pfarrei Nieder-Mörlen, wurde ein Restitutionsgesuch der Pfarrei, welches (nach rechtskräftigem Erkenntniß über Beweisführung) der laudatio auc-

Digitized by Google

Gleiches gilt mut. mut. bei Repliken und Dupliken.

Handelt es sich um Nachbringung einzelner Beweismittel, so sind diese vollständig und deutlich zu bezeichnen und es muß bestimmt angegeben werden, was mit denselben bewiesen werden soll. Dieses letztere muß dann auch bei der augenblicklichen Prozeßlage erheblich sein. Handelt es sich insbesondere um Urkunden, so müssen diese regelmäßig entweder im Original oder in Abschrift übergeben werden, damit über die Erheblichkeit des Inhalts erkannt werden kann. Dieser Satz gilt im Allgemeinen auch von Acten und wenn diese voluminös sind, müssen sogar die einzelnen beweisenden Theile sofort angegeben werden[12]). Bei Zeugen genügt die Angabe dessen, was sie beweisen sollen, sofern nur

---

toris noch Zulassung verschaffen sollte, namentlich auch deßhalb verworfen, weil nach der dem Streitverhältniß zu Grund liegenden Contractsklage der Gebrauch der laudatio auctoris rechtlich unzulässig sei. Vers. v. 18. Dez. 1857. Belege 15. 10. 5.

[12]) Eine Ausnahme tritt bei Acten ein, welche sich in dem Besitz einer öffentlichen inländischen Behörde befinden. So wie es bei solchen bezüglich der Beweisantretung genügt, um Abregistrirung zu bitten, um in einem demnächstigen Termine die einzelnen beweisenden Actenstücke namhaft zu machen, so muß auch bei einem Restitutionsgesuch eine solche Bitte um Abregistrirung und Anberaumung eines Termines genügen. Vgl. hierüber für Hessen O.A.G.Präj. 101 und die dort alleg. Sachen. Eine analoge Ausdehnung dieses Präjudices auf Acten der ehemaligen Churmainzschen Hofkammer, welche im Original übergeben worden waren, wurde statuirt vom O.A.G. in S. Stadt Hirschhorn ca. Forstfiskus E. v. 1. Juni 1854 vgl. Arch. f. pr. R.W. Bd. 10 S. 452. Dagegen hat das O.A.G. ein Restitutionsgesuch, in welchem auf, im Besitze des Imploranten befindlich gewesene und mit dem Gesuch überreichte Acten verschiedenen Inhalts lediglich Bezug genommen worden war, verworfen, da das Gericht die Relevanz der neuaufgefundenen Beweismittel zu prüfen habe, es aber nicht seine Aufgabe sei, ohne geeignete specielle Bezeichnung nachzuforschen, ob etwa relevante Urkunden in dem überreichten Complexe aufzufinden seien. E. in S. Kirche Geinsheim ca. Isenburg-Birstein, 11. Mai 1858.

Digitized by Google

das Letztere erheblich ist [13]), sie sind aber jedenfalls nach Namen und Wohnort unzweideutig zu bezeichnen [14]).

Die vorgeschrittene Entwicklung des Prozesses wird es namentlich bei neu einzubringenden Beweismitteln häufig herbeiführen, daß diese nur unter ganz besonderen Voraussetzungen oder vielleicht gar nicht mehr zugelassen werden können. Dies tritt vor Allem da ein, wo das Beweismaterial der Hauptsache ein dem Implorantен günstiges Resultat geliefert hat und dieses Ergebniß bereits durch Urtheil rechtskräftig anerkannt ist. Hier können neue Beweismittel nur dann zugelassen werden, wenn sie besten Falls das bereits gelieferte Beweismaterial insoweit entkräften und resp. beseitigen, daß die Abänderung des erlassenen Urtheils im Bereiche der Möglichkeit liegt. Ergibt sich dagegen aus dem, was Implorant als das zu Beweisende bezeichnet, und der Zahl und vermuthlichen Kraft der neuen Beweismittel, daß eine Alteration des Urtheils gar nicht bewirkt werden kann [15]), so ist ein hierauf gerichtetes Restitutionsgesuch selbst dann verwerflich, wenn die Beweismittel in einem früheren Stadium des Prozesses auf die betr. Restitutions-

---

[13]) In S. Leinberger ca. Rauch nahm das O.A.G. in D. an, daß das auf das Remedium rest. abzielende Gesuch dann ohne Weiteres verworfen werden könne, wenn Implorant die neuaufgefundnen Zeugen nur namhaft gemacht, aber die einzelnen Punkte, worüber sie deponiren sollten, nicht bestimmt und speciell bezeichnet habe; 1830.

[14]) Der Gemeine Bescheid des Hofgerichts in Gießen vom 5. Februar 1836 verordnet, daß Restitutionsgesuche, welche auf neue Beweismittel gestützt seien, nicht berücksichtigt werden würden, wenn damit nicht alles Dasjenige beigebracht sei, was zur ordnungsmäßigen Antretung des neuerdings zu führenden Beweises gehöre. — Das Hofgericht in Darmstadt hat durch Präjudiz 87 der Sammlung den Grundsatz aufgestellt, daß beim remedium rest. ob novos testes regelmäßig Beweisartikel eingereicht werden sollen, es müßte sich denn nur um ein einfaches nacktes Factum handeln. Vgl. auch Beleg 4.

[15]) Der Beweis ist auf ein Dutzend übereinstimmender Zeugenaussagen hin für erbracht erkannt worden und das Rest.-Gesuch beabsichtigt nur Einen Zeugen einfach über das Beweisthema beizubringen. Vgl. einen hierher einschlagenden Rechtsfall in Seuffert's Archiv, Bd. IX Nr. 231.

Digitized by Google

causalien hin hätten zugelassen werden müssen. Ein Gesuch, welches über die Möglichkeit der Alteration des Urtheils Zweifel läßt, ist angebrachtermaßen verwerflich.

Die Prozeßlage kann es auch noch in anderer Weise mit sich bringen, daß Beweismittel, welche früher im Restitutionswege sehr wohl einzubringen gewesen wären, bei der eigenthümlichen Lage des Prozesses nicht mehr eingebracht werden können. Nämlich dann, wenn es sich um Restitution gegen einen vom Gegner ausgeschwornen Haupteid handelt, weil hier die Restitution gesetzlich ausdrücklich auf den Meineidsbeweis beschränkt ist. §. 55 [16]).

Endlich kann aber die vorgeschrittene Prozeßlage auch noch dann zum Ausschuß der Restitution, sei es bezüglich neuer Einreden ꝛc. oder neuer Beweismittel, mitwirken, wenn, abgesehen von dem prozessualischen Nachtheil, der überhaupt bei der Restitution zu hebende materielle Nachtheil so unbedeutend ist, daß die durch das Restitutionsverfahren voraussichtlich entstehenden Kosten und Weiterungen in keinem Verhältniß zu dem materiellen Verluste des Imploranten stehen würden [17]).

---

[16]) Für Hessen, wo die fragliche Beschränkung auf den nothwendigen Eid übertragen ist, vgl. die Noten zu dem obigen §. 55. Ein Restitutionsgesuch, welches mit neu aufgefundenen Beweismitteln ein den Beklagten zum Reinigungseid zulassendes Erkenntniß zu rescindiren beabsichtigte, wurde vom O.A.G. verworfen, weil die beigebrachten Beweise nicht geeignet seien, einen Meineid des Beklagten darzuthun, nur unter dieser Voraussetzung aber die Beweismittel bei der vorliegenden Prozeßlage erheblich seien. Anthes ca. Flath E. v. 23. August 1842 (vgl. auch Hartmann ca. Hartmann E. des O.A.Gs. v. 13. Febr. 1856.) Belege 47. 48. Ein Rest.-Gesuch, welches neue Zeugen gegenüber einem den Gegner zum Erfüllungseid zulassenden Erkenntnisse nachbringen wollte, wurde verworfen, weil es nach der Actenlage gewiß war, daß die neuen Beweismittel im Verhältniß zu dem früheren Beweismaterial einen Meineidsbeweis nicht vollständig herstellen konnten. E. O.A.Gs. in S. Lang ca. Müller v. 1830. Beleg 46.

[17]) Minima praetor non curat. Ein Restitutionsgesuch, welches sich nur um 4 Thlr. 9 Sgr. drehte, wurde vom O.A.G. zu Cassel verworfen, weil wegen eines so geringen, mit den Kosten der weiter erforderlichen Verhandlungen in keinem Verhältniß stehenden Betrag

Digitized by Google

§. 13.

III. Das strenge Recht darf nicht schon selbst Mittel zur Hebung der Verletzung statuiren.

Schon das strenge Prozeßrecht statuirt selbst in solchen Fällen, wo eine Prozeßvorschrift in Wirksamkeit getreten und hierdurch der Rechtszustand der Parthie wirklich verändert worden ist, unter gewissen Voraussetzungen die Zulassung eines neuen Materials, bezwecke dieses die Zurücknahme oder Abänderung eines positiven Vorbringens, oder die Nachholung einer versäumten Handlung. Ist nun das Rechtsverhältniß von der Art, daß die Parthie die Zulassung des Materials schon auf jene Grundsätze des strengen Rechts erlangen kann, so cessirt die Restitution als überflüssig und deßhalb unzulässig. Dieser Satz liegt nicht nur in der Natur der Restitution als einer außerordentlichen Rechtshilfe,

vgl. v. Savigny, System l. c. S. 143 (4). Puchta Pandekten §. 101,

sondern er ist auch in den positiven Gesetzen ausdrücklich anerkannt [1]). Der Umstand, daß er negativer Natur ist, und also das Gebiet der Restitution da beginnt, wo die hier einschlagenden Behelfe des strengen Prozeßrechts aufhören, macht es erforderlich, diese Rechtsbehelfe mindestens einer allgemeinen Betrachtung zu unterziehen.

Die Restitution fällt weg, wo folgende Grundsätze des strengen Prozeßrechts die Hebung des Nachtheils möglich machen.

§. 14.

1. Grundsätze über die Zurücknahme resp. Berichtigung thatsächlicher Angaben der Advokaten.

Auch wenn nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen die Zurücknahme oder Aenderung eines positiven Vorbringens nicht mehr

---

Rest. nicht ertheilt werden könne; vgl. Seuffert's Arch. Bd. XIV Nr. 206. Je mehr Verhandlungen rückwärts vernichtet werden müßten, desto häufiger und sicherer wird man jenen Grundsatz anwenden können. Insofern wirkt also die vorgeschrittene Prozeßlage zum Ausschluß der Restitution mit.

[1]) l. 16 pr. de minoribus (IV. 4). Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium

Digitized by Google

statthaft ist, ist ausnahmsweise eine solche Rücknahme oder Aenderung erlaubt, wenn ein Advocat etwas Thatsächliches ohne oder gegen Instruction seiner Parthie vorgetragen hat. In diesem Falle bestimmen nämlich die Gesetze, daß es der benachtheiligten Parthie vor rechtskräftig entschiedner Sache gestattet sein soll, das Vorbringen innerhalb der ersten drei Tage [1]) nach Abgabe der Erklärung ohne alle Beweisführung zu berichtigen [2]). Ist nun der concrete Fall von der Art, daß die Parthie auf diese Grundsätze des Triduums hin die Hebung des Nachtheils erlangen kann, so cessirt die Restitution.

§. 15.

2. Grundsätze über die exceptiones noviter emergentes.

Schon das strenge Prozeßrecht erkennt den Satz an, daß die gegen die nicht handelnde Parthie auszusprechende Präclusion sich ausnahmsweise nicht auf solche Angriffs- und Vertheidigungsmomente erstrecke, welche zur Zeit der angesetzten Fristen und Termine noch nicht existirten, nachher aber existent werden.

Heffter Inst. des Civilproc. §. 362.

Gönner Handb. Bd. II. Abh. 33, §. 10 und 11.

Linde Lehrb. §. 203 Note 12 und die das. cit. Stellen [1]).

Soweit also das von der Parthie neu einzubringende Material auf jenen Grundsatz hin eingebracht werden kann, fällt die Restitution weg.

Die Befugniß der Parthieen, solch neu emergirtes Material einzubringen, darf indessen keineswegs in infinitum angenommen werden, vielmehr muß man den Grundsatz aufstellen, daß die Eigen-

---

auxilium. Vgl. mit Lib. II, tit. 41. Codicis in quibus causis i. i. r, necessaria non est.

[1]) Wie wenigstens die Praxis annimmt. Theoretisch richtiger ist es, eine derartige Frist nicht anzunehmen, sondern nur ein sofortiges Berichtigungsrecht. Vgl. §. 36 u. 38.

[2]) Der Rechtsschutz nach Ablauf des Triduums gehört schon in das Gebiet der Restitution, obgleich dies nicht unbestritten ist. Vgl. §. 36. 39. mit Hoffmann im Arch. f. pr. R.W. Bd. I. Heft 1. S. 108 ꝛc.

[1]) Hess. Proz. Ord. Thl. I Tit. III §. 3, „und ohne Präclusion derer etwa erst hernach entstehenden" Einreden.

Digitized by Google

schaft des Materials als eines neu emergirten sich nur in Ansehung der vor der Entstehung vorhandenen präcludirenden Momente wirksam erweise, nicht aber auch bezüglich der nachher zur Wirksamkeit gelangenden, m. a. W., daß mit neu emergirtem Material gegen nachher eingetretenes präcludirendes Moment, nur dann aufzukommen ist, wenn dem Petenten ein förmlicher Restitutionsgrund zur Seite steht. Nehmen wir einen bestimmten Fall, um dies klar zu machen. Der Beklagte hat der Klage aus Darlehn die Einrede des Verzichts entgegengestellt; nach Ablauf der Erklärungsfrist emergirt ihm die Einrede der Zahlung, er macht aber diese Einrede nicht geltend und es ergeht Beweisinterlokut, welches den Beweis des Verzichts auferlegt. In diesem Falle kann die Eigenschaft der Einrede als einer nach der Erklärungsfrist entstandenen nicht gegen das nachher erlassene Beweisinterlokut wirken, vielmehr kann jene Einrede nur dann eingebracht werden, wenn dem Beklagten ein förmlicher Restitutionsgrund (z. B. Unkenntniß der neu emergirten Einrede bis zum Urtheilserlaß,) zur Seite steht.

Die Scheidelinie zwischen der Anwendbarkeit der Grundsätze über neu emergirte Einreden und derjenigen der Restitution, bildet der Erlaß des Urtheils (Insinuation oder Publication). Auf die Rechtskraft kommt insoweit nichts an, weil schon das Urtheil, abgesehen von der Rechtskraft, als ein präcludirendes Moment erscheint [2]) [3]).

---

[2]) Das Hofgericht in Darmstadt differirt ausweislich des Präjudizes 85 von obigen Grundsätzen in zwei Punkten. Zunächst läßt es

1) neu emergirte Einreden, ganz abgesehen von der Zeit der Entstehung bis zum Definitiverkenntniß zu, spricht also den zwischenliegenden Urtheilen die Fähigkeit der Präclusion ab, und
2) nimmt es beim Definitiverkenntniß erst dann Präclusion an, wenn die Rechtskraft eingetreten ist.

Diese Ansichten sind indessen nicht zu billigen. So enthält die Ansicht

Sub 1. zunächst eine Verkennung der präcludirenden Kraft der Zwischenurtheile (namentlich des Beweisinterlocuts), sie steht aber auch weiter in Widerspruch mit gesetzlichen Vorschriften.

Die V.O. vom 12. April 1806 enthält die Bestimmung, daß die Parthieen nach dem Urtheil mit solchem Einbringen nicht mehr

Digitized by Google

§. 16.

2. Die Restitution ist ausgeschlossen, wo die Grundsätze über privilegirte Einreden — insofern man solche anerkennt — ausreichen.

Manche Rechtslehrer tragen vor, daß die Bestimmung des J. R. A.:

---

gehört werden sollen, welches sie vor dem Urtheil kannten und herbeischaffen konnten. Durch diese Bestimmung sind nun aber nach erlassenem Zwischenurtheil (Beweisinterlokut) nicht nur die schon seit Beginn des Prozesses existirenden Einreden ausgeschlossen, welche die Parthie nach dem Ablauf der Einredefrist, aber doch noch vor dem Urtheil in Erfahrung gebracht hatte, sondern auch solche, welche zwar nach der Exceptionsfrist emergirt, aber dem Beklagten vor dem Urtheil bekannt geworden waren, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil die ratio der B.O. von 1806 bei den Einreden beider Art Platz greift.

Die Sache wird unzweifelhaft, wenn man zwei Fälle gegen einander stellt:

a. Eine Parthie findet nach dem Ablauf der Exceptionsfrist, aber vor dem Beweisurtheil, die bei Beginn des Prozesses bestandene Einrede der Zahlung auf.

Hier muß nach der B.O. v. 1806 diese Einrede vor dem Urtheil vorgetragen werden, sonst wird sie präcludirt.

b. Eine Parthie erfährt nach Ablauf der Erklärungsfrist, aber vor dem Beweisurtheil, daß ein Dritter nach der Erklärungsfrist bezahlt habe.

Nach der Ansicht des Hofgerichts könnte die letztere Einrede noch bis zu rechtskräftigem Definitiverkenntniß vorgeschützt werden, es liegt aber kein Grund vor, in diesem Falle dem Beweisurtheil die präcludirende Kraft abzusprechen.

Sehr mit Recht bemerkt daher der Ref. des O.A.G. in S. Zielch ca. Babenhausen (1840), daß, wenn einem Minor nach der Litiscontestation eine neue Einrede entstehe, sein Vormund aber unterlasse, dieselbe vor dem Urtheil vorzuschützen, nur durch Restitution geholfen werden könne. Beleg 1.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Ansicht

Sub 2: denn diese enthält eine Verkennung der präcludirenden Kraft des Urtheilserlasses an sich und steht außerdem im Widerspruch mit der B.O. von 1806, welche die Rechtskraft nicht erwähnt, sondern die Präclusion von dem Urtheilserlaß abhängig macht: Vgl. §. 11 Nr. 3.

a) Ueber die Rechtsprechung des O.A.Gs. vgl. Beleg 2. Der fraglichen Entscheidung steht das im Contert und in Note 2 Gesagte entgegen.

Digitized by Google

„der Beklagte solle, was er dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, Alles auf einmal bei Strafe der Präclusion vorbringen,"

sich auf einzelne Einreden nicht beziehe, so daß diese sogar noch in der Executionsinstanz vorgeschützt werden könnten.

vgl. z. B. Bayer l. c. S. 628 fg., insbes. S. 631.

Zu diesen s. g. privilegirten Einreden rechnen sie dann gewöhnlich:

1) die exceptiones SCti. Vellejani u. Macedoniani;

2) die Einreden, welche auf die bereits geschehene Erlöschung der Verbindlichkeit gehen oder den Kläger doch sonst in einen dolus versetzen, z. B. die Einrede der Zahlung, der Compensation, des Transacts, der Rechtskraft.

Pflichtet man dieser Ansicht [1]) bei, so fällt natürlich die Restitution weg, wo schon jene Grundsätze ausreichen.

---

[1]) Diese Ansicht ist übrigens genügend widerlegt von Gönner, Handbuch Bd. II, Abh. 33, §. 11 (vgl. auch Linde Lehrbuch, 7. Aufl. §. 376 Note 4.) und auch in der hessischen Rechtsprechung nicht anerkannt, welche letztere auf alle jene Einreden ganz die gewöhnlichen Grundsätze anwendet. Hieraus folgt denn, daß die fraglichen Einreden nur dann nachträglich eingebracht werden können, wenn es entweder die Grundsätze über exc. noviter emergentes oder die Principien über die Restitution unterbliebner Einreden rechtfertigen.

Vgl. die Entscheidung O.A.Gs. in S. Salomon Homberger ca. Wenzel's Wittwe v. 15. Dez. 1856, wo namentlich der Satz ausgesprochen ist, daß in der Executionsinstanz auch die sonst s. g. privilegirten Einreden, selbst wenn sie liquid sind, nicht mehr vorgeschützt werden können, sie müßten denn nach dem rechtskräftigen Erkenntniß entstanden und liquid sein; ferner E. O.A.Gs. in S. Fürst v. Isenburg-Birstein ca. Pfarrer Hofmann v. 19. April 1828. E. Hofgerichts in D. in S. Adam Wenzels Wittwe v. Kleinauheim, Bkl. Aantin ca. Salomon Homberger in Darmstadt, Forderung betr. v. 7. April 1856, wo die Rechtsprechung als ganz feststehend bezeichnet wird. Belege 3. 16. Vgl. auch Fuhr im Arch. f. pr. R.W. Bd. II S. 68 ꝛc.

Digitized by Google

§. 17.

4. Grundsätze über Zulassung neuer Beweismittel beim Verlust eines benannten Beweismittels.

Das strenge Recht erkennt den Satz an, daß bei unverschuldetem Verlust eines benannten Beweismittels die hierdurch benachtheiligte Parthie das Recht haben soll, andere Beweismittel, und zwar ohne Beschränkung bezüglich der Art und Zahl, bis zum Actenschluß (insofern nicht eine neue Frist vorbestimmt war) an dessen Stelle zu setzen [1]), woraus denn auch folgt, daß in einem solchen Falle der Gegner des Imploranten neue Gegenbeweismittel benennen darf [2]).

Ist nun der Fall von der Art, daß auf jene Grundsätze hin die neuen Beweismittel eingebracht werden können, so bedarf es keiner Restitution.

---

[1]) Vgl. Linde, Lehrbuch §. 245, Note 9. Die Frage ist übrigens streitig, Bayer Vortr. S. 929 ist gegen obige Ansicht. In Hessen hat sich die Praxis für dieselbe erklärt; vgl. Rel. Hofgerichts in D. in Sachen Becker ca. Diefenbach. 1840; des Hofgerichts in G. in S. Best Erben von Waldgirmes ca. Erben der Amtmann Happels W. v. Marburg, 11. Dec. 1863; Gemeinde Villingen ca. Schule in Hungen, 10. Dec. 1850 (Notizenbuch 164); Klein ca. Plate v. Ockstadt, 11. Sept. 1856 (Notizenbuch 323); Hedderichs Kinder ca. Laukhard in Staden; Kreisrath Seitz Wtw. ca. Stadt Nidda. Bezüglich der Rechtsprechung des O.A.Gs. in D. vgl. Arch. f. pr. R.W. Bd. IX S. 128.

[2]) Vgl. E. Hofgerichts in D. in S. Diffene ca. Gremm, 1862, und die dort alleg. S. Peter Rettig v. Seidenbach ca. Philipp Fähndrich, und Peter Hofmann V. von Winterkasten, ca. Konrad Vetter das., 1861. Diese Vorträge handeln zwar nur von der Statthaftigkeit der Gegenbeweismittel, wenn eine Parthie im Wege der Restitution neue Beweismittel eingebracht hat, die ratio muß aber auch hier als entscheidend gelten. Beleg 68. Vgl. auch E. O.A.Gs. in D. in Seufferts Arch. Bd. XIII Nr. 289.

Digitized by Google

§. 18.

5) Die Restitution ist ausgeschlossen, wo schon die ordentlichen Rechtsmittel helfen.

a. Appellation und Revision.

Um die Bedeutung obigen Satzes bezüglich der Appellation und Revision festzustellen, ist es vor Allem nöthig, dessen Anwendbarkeit auf das richtige Gebiet einzugränzen. Derselbe leidet keine Anwendung auf Restitutionsgesuche, welche nach rechtskräftigem Erkenntnisse eingereicht werden oder bei welchen die Rechtskraft durch den ihnen beigefügten Verzicht auf die etwa angezeigten Rechtsmittel herbeigeführt wird, so daß also einem solchen Gesuche niemals der Einwand entgegengesetzt werden kann, Implorant habe früher die Möglichkeit gehabt, Appellation zu verfolgen, solche aber nicht benutzt [1]). Das Gebiet, auf welchem obiger Satz Wirkung äußern kann, wird vielmehr einerseits durch den Erlaß des Urtheils, anderntheils durch die Rechtskraft des letzteren bestimmt, und die Frage über die Anwendbarkeit des obigen Satzes wird erschöpft, wenn man die Fragen beantwortet:

1) Schließt die noch vorhandene Möglichkeit der Verfolgung einer Appellation (Revision) die Restitution aus, m. a. W. kann einem Restitutionsgesuche der Einwand entgegengehalten werwerden, das Urtheil sei noch nicht rechtskräftig?
2) Schließt die interponirte (oder verfolgte) Appellation (Revision) die gleichzeitige Verfolgung der Restitution aus oder ist es gestattet, die letztere mit der ersteren zu cumuliren?
3) Kann die Restitution primär, die Appellation nur eventuell verfolgt werden?

Die Appellation (Revision) hat ihrem Wesen nach die Absicht, eine Läsion zu heilen, welche durch die Fehlsicht des Richters entstanden ist, und sucht diese Heilung der Regel nach lediglich durch Rechtsdeductionen zu erlangen. Die Restitution dagegen beabsichtigt das Einbringen eines neuen Materials zur Hebung einer Läsion,

---

[1]) Vgl. Seufferts Arch. Bd. I Nr. 385.

Digitized by Google

welche in dem Thun oder Unterlassen der Parthie wurzelt. Beide Rechtsbehelfe sind daher in ihrem Fundamente verschieden, sie haben die Sanirung ganz heterogener Läsionen im Auge. Gerade aus dieser Eigenschaft folgt aber mit Nothwendigkeit deren regelmäßige Verträglichkeit, die Möglichkeit gleichzeitiger Verfolgung derselben, und es sind daher auch sämmtliche oben aufgestellte Fragen der Regel nach in dem Sinne zu beantworten, daß die Appellation (Revision) die Restitution in keiner Weise beeinträchtige [2]).[3])

Diese Regel leidet indessen zwei Ausnahmen, nämlich

1) aus Rücksicht des bei der Appellation und Revision statuirten beneficium novorum,

2) insofern, als Appellation (Revision) und Restitution, wenn sie auch stets verschiedene Läsionen releviren müssen, doch manchmal im Zwecke (Beseitigung des Urtheils) zusammentreffen können.

Was die erste Ausnahme betrifft, so gestattet das gemeine Recht bekanntlich, mit der Appellation (Revision) unter gewissen Voraussetzungen neues Material einzubringen [4]), so daß also insoweit die Appellation (Revision) in das der Restitution eigenthümliche Gebiet eingreift. Denkt man sich nun den Fall, daß eine

[2]) Die Frage, inwiefern der Durchführung dieses Grundsatzes die Devolutiveigenschaft der Appellation im Verhältniß zur nicht devolutiven Restitution entgegenstehe, bleibt hier vorerst außer Betracht. Vgl. §. 58.

[3]) Mit dieser Auffassung steht im Einklang das hess. Gesetz v. 12. Juli 1842, Art. 2, wonach das Rechtsmittel der Rest. mit einem ordentlichen Rechtsmittel cumulirt werden kann, sowie die Verf. O.A.Gs. in D. in S. Peter Götzinger v. Zell ca. A. Bodenheimer in Bibl. v. 6. April 1854, durch welche anerkannt ist, daß die Einreichung eines Restitutionsgesuchs keineswegs die Unmöglichkeit der Verfolgung der gegen das Contumacialerkenntniß früher angezeigten Appellation (Rechtskraft) herbeiführe und umgekehrt die angezeigte und noch verfolgbare Appellation das Restitutionsgesuch nicht als unzulässig erscheinen lasse. Diese Verfügung ist um so erheblicher, als die Restitution primär zur Hand genommen und erst dann, jedoch intra decendium, die Appellation eingelegt war.

[4]) Bayer Vortr. S. 1019 fgg.

Partheie Appellation und Restitution zugleich verfolgt, die letztere jedoch hierbei auf solches Material richtet, welches auch hermittelst des benef. nov. hätte eingebracht werden können, so würde mit Recht dem Restitutionsgesuche der Einwand entgegengesetzt, daß es die Hebung einer Verletzung verlange, welche schon im Wege der ordentlichen Rechtsmittel geheilt werden könne. Von großer praktischer Bedeutung ist übrigens dieser Satz offenbar schon deßhalb nicht, weil die Restitution an schwierigere Voraussetzungen, als das benef. nov., geknüpft ist, und das Restitutionsgesuch daher regelmäßig die Bedingungen des benef. nov. erfüllen wird. Sodann ist aber der Umfang des benef. nov. überhaupt nicht bedeutend, weßhalb das oben hervorgehobene Collidiren der Restitution mit dem benef. nov. nur selten vorkommen wird [5]).

---

[5]) Die hessische Rechtsprechung hat das benef. nov. auf das engste Gebiet beschränkt. O.A.G.Präj. Nr. 1 bestimmt:

1) Sobald die Sententia a qua in sich selbst (nach den Verhandlungen der früheren Instanz) keine Beschwerde enthält, kann durch bloßes neues Vorbringen eine Appellation in keinem Fall begründet werden;

2) Eine Veränderung der Klage, durch neues Vorbringen, ist eben so wenig, als die Vorbringung neuer Einreden, in der Appellationsinstanz zulässig;

3) Außer den vorbemerkten beiden Fällen soll dem Appellanten sowohl, als dem Appellaten, das Vorbringen neuer Thatumstände und Beweise zwar an sich — jedoch in dem Fall, wo in früherer Instanz ein Beweis- (Gegenbeweis-) Termin anberaumt war und dieser verstrichen, der Gebrauch neuer Beweismittel, caeteris paribus, nur alsdann erlaubt sein, wenn der Producent den im J. R. A. §. 73 und 118 vorgeschriebenen Appellationseid:

„daß er von dem neuen An- und Vorbringen (neuen Beweismittel) vor Ablauf des ihm von dem vorigen Richter vorbestimmten Beweis- (Gegenbeweis-) Termins kein Wissenschaft gehabt, oder solches damals nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich und nöthig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches zur Erhaltung seines Rechts dienlich und nothwendig sei,"

abschwören wird.

Was die zweite Ausnahme anlangt, so wird fast in den meisten Fällen bei der Appellation und Restitution, abgesehen von

---

4) Die Leistung des Appellationseides ist jedoch den Parteien jedesmal zu erlassen, wenn sie entweder, aus hinlänglich erheblichen Gründen, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Rechtens gegen den Ablauf des Beweistermins nachgesucht haben, und solche ihnen daher nicht versagt werden kann, oder wenn es offenbar ist, daß die neuen Beweise, deren sie sich bedienen wollen, erst nach Verlauf der Beweisfrist zu ihrer Kenntniß gelangt seien, oder wohl gar erst später ihr Dasein erhalten haben;
5) Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch insgesammt für das Rechtsmittel der Revision, wo dieses die Stelle der Appellation, mit gleicher Wirkung, wie diese vertritt, — jedoch bei beiden Rechtsmitteln nur in Civil-Rechtssachen.

Vgl. Die Sache Schneidermeister Georg in Darmstadt gegen den Knopfmacher Georgi daselbst, Injurie betreff.)

Es läßt sich leicht nachweisen, daß durch dieses Präjudiz das beneficium nov. beinahe illusorisch geworden ist.

Bei Verfolgung der Appellation (Revision) sind zwei Fälle denkbar: entweder enthält die sententia a qua nach den Verhandlungen der früheren Instanz eine Beschwerde nicht, oder aber sie enthält eine solche. Im ersten Falle ist nach pos. 1 des Präj. das benef. novor. völlig ausgeschlossen (der Richter prüft die Beschwerde zunächst ohne Rücksicht auf das neue Material und wenn er findet, daß sie nicht begründet ist, so weist er das neue Material ohne Weiteres zurück, vgl. O.A.G.Rel. in S. Creß ca. Offenbach 1854 und Reuter ca. Lutz 1863); im zweiten ist es wieder möglich

1) die Beschwerde ist von der Art, daß schon durch die Appellation dasjenige erreicht wird, was der Verletzte erstrebt. Hier bedarf es natürlich der nova gar nicht;
2) das Erkenntniß enthält eine Beschwerde, allein diese letztere ist nicht in dem Umfange gegründet, wie sie der Beschwerdeführer aufgestellt hat.

Diese Lage der Sache ist die einzige, wo das benef. möglicherweise von praktischem Vortheil werden kann, weil hier der Appellant durch die nova erreichen kann, daß die Beschwerde in dem vollen von ihm aufgestellten Umfange für gerechtfertigt erklärt wird. (Man denke z. B. folgenden Fall: Der judex a quo hat einen Beweis für verfehlt erklärt, der Beweisführer appellirt und bittet, indem er zugleich neue Beweismittel mit der

Digitized by Google

der Verschiedenartigkeit der durch jede derselben zu relevirenden Verletzung, auch ein verschiedener Zweck verfolgt werden (die Appellation bezweckt z. B. Abänderung einer Beweisauflage, die Restitution Zulassung einer Einrede), sollte aber einmal der Fall eintreten, daß die beiden Rechtsbehelfe genau in demselben Zwecke zusammenträfen, so würde dann der Implorant mit seinem Rest.-Gesuche mit Recht bis zur Entscheidung über die Appellation zurückgewiesen.

b. Nichtigkeitsbeschwerde.

Hier gilt mut. mut. dasselbe, wie bei der Appellation, nur daß hier die Ausnahme bezüglich des benef. nov. völlig wegfällt und die Gründe, welche die Verfolgung der Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeit rechtfertigen würden, in der Regel zur Verfolgung der Restitution nicht gebraucht werden können [5]).

Appellation einbringt, den Beweis für vollständig erbracht zu erkennen. Findet nun der höhere Richter die Beschwerde nach den Acten vorderer Instanz nur insoweit begründet, daß auf einen nothwendigen Eid hätte erkannt werden sollen, so kann er nunmehr auf Grund der neuen Beweismittel, Verhandlung vorgängig, den Beweis sogar für vollständig erbracht erkennen). Daß nun eine solche Eventualität nur höchst selten eintreten wird, bedarf keiner Ausführung. Aber selbst bei dieser Eventualität ist das benef. nov. nicht ohne Weiteres zulässig. Daß damit die Klage nicht geändert, auch neue Einreden (Repliken u. s. w.) nicht eingebracht werden können, bestimmt das O.A.G.Präj. ausdrücklich, und da außerdem positive Handlungen, wie später näher erörtert wird, überhaupt nur mittelst förmlicher Restitution (§. 28) beseitigt und resp. geändert werden können, so bleibt die Möglichkeit des benef. nur bei Unterlassungen in Ansehung von Beweismitteln übrig. Dabei wird überdies ein über das Beweisresultat sprechendes Erkenntniß, sowie weiter vorausgesetzt, daß sich die neuen Beweismittel gerade auf den Beschwerdepunkt beziehen. Vgl. Beleg 68.

[5]) In Hessen gibt es nur eine Art der Nichtigkeitsbeschwerde und diese ist an das decendium geknüpft. Hierdurch ist das Gebiet der Restitution um ein Beträchtliches erweitert. Die Gründe, welche gemeinrechtlich zur Querel wegen unheilbarer Nichtigkeit berechtigen, können in Hessen nach Ablauf des decendium im Allgemeinen nur noch im Wege der Restitution geltend gemacht werden. Vgl. V.O. vom 8. März 1815.

Digitized by Google

§. 19.

6. **Restitution ist ausgeschlossen, wo dem Nachtheil in gesondertem Verfahren** (in separato) **abgeholfen werden kann.**

Wo das strenge Recht gestattet, einem im Prozeß entstandenen Nachtheil in separato abzuhelfen, muß die Restitution cessiren. Hieraus folgt:

1) daß eine Restitution zum Zwecke der Abänderung eines wesentlichen Theils der Klage nicht statuirt werden kann, weil hier der Kläger durch Anstellung einer neuen Klage — welcher eben wegen der Abänderung eines erheblichen Theils derselben die exceptio rei judicatae nicht entgegenstehen kann — die Möglichkeit hat den in der Sache selbst entstandnen Nachtheil zu beseitigen [1];

2) daß wenn versäumt worden ist, zugleich mit der Erklärung auf Klage eine eigentliche Widerklage zu verbinden, im Wege der Restitution diesem Versäumniß nicht abgeholfen werden kann, weil Beklagter die Widerklage als Nachklage noch einbringen kann;

3) daß das nachträgliche Einbringen solcher Einreden ꝛc. nicht

---

Da nach Hessischem Recht das Urtheil nach Ablauf des Decendiums auch in Ansehung der Nichtigkeitsgründe die volle Rechtskraft beschreitet, so gilt hier der oben bei der Appellation Note 1 hervorgehobene Satz in vollem Maße. Gleichwohl hat das Hofgericht in G. ein Restitutionsgesuch, welches zugleich einen Verzicht auf die Verfolgung der Nichtigkeitsbeschwerde enthielt (das Hofgericht hatte den Streitgegenstand für appellabel erklärt und hiergegen war die Nichtigkeitsbeschwerde angezeigt worden), verworfen, weil die Restitution subsidiärer Natur sei und Implorant die Nichtigkeitsbeschwerde hätte verfolgen können. Vgl. d. S. Ernst Müller von Weidenhausen ca. G. A. Reybel u. d. Hartmühle und Grau ca. Schönhals von Billertshausen.

1) Ein weiterer Grund, warum die Rest. gegen ein erhebliches Klagvorbringen nicht statuirt werden kann, ist der, daß durch eine solche Abänderung die Identität des Prozesses — die Vorbedingung jedes Rechtsbehelfs im Prozeß — beeinträchtigt würde. Vgl. Gönner l. c. Bd. III S. 505 §. 13. S. 514 Nr. 4.

Digitized by Google

gestattet ist, welche im Wege der Klage noch geltend gemacht werden können [2]);

4) daß ebenso die Abänderung der unter pos. 3 bezeichneten Einreden im Allgemeinen im Wege der Restitution unstatthaft ist.

Von diesen Sätzen ist derjenige sub 1 unbedingt zur Anwendung zu bringen [3]), die übrigen Sätze können aber nur unter folgender weiterer Voraussetzung angewendet werden. Es muß gewiß sein, daß der Nachtheil in seinem ganzen Umfang gehoben werden kann, und die Restitution ist daher zu ertheilen, wenn der ordentliche Rechtsbehelf einen minder vollständigen oder minder sicheren Schutz gewährt. Dieß muß aber namentlich in folgenden Fällen angenommen werden:

a) wenn der ordentliche Rechtsschutz nur mit bedeutenderen Kosten erlangt werden kann;

b) wenn die deßfallsige Prozeßführung eine voraussichtlich viel schwierigere ist [4]);

c) wenn der ordentliche Rechtsschutz nicht auf den ganzen Umfang des concreten Rechtsanspruchs geht, also z. B. bei dem ordentlichen Rechtsschutz Beweise verloren gingen (man denke an die Einrede der Compensation);

d) wenn die Restitution sicher, der ordentliche Rechtsbehelf nur unter gewissen zweifelhaften Voraussetzungen zum Ziel führt.

Alle diese Einschränkungen der obigen Sätze ergeben sich aus dem allgemeinen Satze, daß die Restitution nicht bloß gegen die unmittelbare Verminderung unseres Rechtszustandes Schutz gewäh-

---

[2]) Wiedemeier l. c. S. 11. Der obige Satz leidet übrigens selbstverständlich da keine Anwendung, wo es sich um Nachholung der ganzen Exceptionalhandlung dreht, denn diese kann als solche in einem anderen Verfahren nicht nachgebracht werden und deren Zulässigkeit überhaupt begründet auch die Zulässigkeit der betr. Einrede als Bestandtheil derselben.

[3]) Anerkannt vom O.A.G. in D. lt. Arch. f. pr. R.W. Bd. III S. 156.

[4]) Vgl. Beleg 24.

Digitized by Google

ren soll, sondern auch gegen die Verwandlung eines sicheren Rechtes in ein zweifelhaftes und streitiges, dessen endliches Schicksal also ungewiß ist. Savigny l. c. S. 144.

Man muß aber obigen Einschränkungen noch eine weitere hinzufügen, welche sich aus dem allgemeinen Gesichtspunkte über das besonders freie Ermessen, welches den Richter bei Prüfung der Restitutionsfrage leiten darf, rechtfertigt. Wenn nämlich die noch einzubringenden Momente mit dem Hauptprozesse dergestalt im Zusammenhang stehen (materiell connex sind), daß eine gesonderte Verhandlung jener Momente entweder zu Verwirrungen führen oder sich als unpraktisch und unzweckmäßig darstellen würde, so ist die Restitution zu ertheilen. Aus dem letzteren Grunde wird sogar unter Umständen eine Widerklage noch in dem Hauptproceß mit simultaner Behandlung zugelassen werden können (z. B. wenn mit einer zulässigen Compensationseinrede eine connexe resp. eventuelle Widerklage verbunden wird).

Zweites Hauptstück.

Von dem Restitutionsgrund.

§. 20.

I. Begriff. Uebersicht der Restitutionsgründe.

Außer der Verletzung ist erfordert ein Restitutionsgrund, causa restitutionis, d. h. ein außerordentlicher Umstand, welcher dem Verletzten Anspruch auf die Restitution gewährt. Als solche besondere Umstände sind — abgesehen von nicht mehr praktischen — im Rechte anerkannt:

Zwang,
Irrthum,
Betrug,
Minderjährigkeit,
Abwesenheit (mit generalis clausula).

Digitized by Google

Alle diese Gründe, — zu welchen für das heutige Prozeßrecht auch noch das Verschulden des öffentlichen Anwalts kommt, — äußern auch im Prozeß Wirkung und sie begründen zugleich einzelne Arten der Restitution. Man kann nun bei der Behandlung jener Restitutionsgründe den Weg einschlagen, daß man jede Art der Restitution an sich betrachtet und bei dieser Betrachtung zugleich berücksichtigt, inwiefern der Restitutionsgrund nur bei Unterlassungen oder nur bei positiven Handlungen oder bei beiden wirksam werde, man kann aber auch jenen letzteren Gesichtspunkt zunächst ins Auge fassen und die Restitutionsgründe nach diesem Gesichtspunkt getrennt betrachten. Ich halte diese letztere Behandlungsart im Prozeß (anders wenn die Restitution überhaupt behandelt wird) für zweckmäßiger, weil sie eine bessere Einsicht in die Wirksamkeit der Restitutionsgründe gewährt, als die erstere, und sie liegt daher den folgenden Ausführungen zu Grund.

Im Einzelnen ist der Gang der vorliegenden Behandlung durch folgende Erwägungen fixirt worden:

I. Dreht es sich um positives Vorbringen in den Verhandlungen und legt die Parthie in Selbstperson eine Erklärung in den Acten nieder, so vollzieht sie im Allgemeinen eine Willenserklärung, welche wie jede andere, entweder
   1) auf dem freien, durch unrichtige oder mangelhafte Vorstellung nicht beeinträchtigten Willen beruht, oder
   2) auf einem Willen der durch Zwang oder Irrthum (sei letzterer nun durch den dolus eines Dritten — Betrug — erzeugt oder nicht) beherrscht ist.

Dieses einfache Verhältniß wird in etwas geändert, wenn die Parthie durch einen Vertreter handelt; denn wenn auch hier die Willenserklärung des Letzteren in der Regel durch die Parthie selbst (Instruction) vermittelt ist, so daß also juristisch eine Erklärung der Parthie selbst vorliegt, so können doch auch Fälle vorkommen, wo sich die oben sub 2 hervorgehobene Modalität in der Person des Vertreters selbstständig wiederholt, wo also z. B. ein selbstständiger Irrthum des Vertreters vorliegt.

Fragt man nun, inwiefern bei diesen Möglichkeiten einer der gesetzlichen Restitutionsgründe zutreffe, so ist es zunächst:

Digitized by Google

a) ein unbestreitbarer Grundsatz, daß wenn ein Vorbringen auf dem freien und ungetrübten Willen der Parthie (sei dieser auch durch einen Vertreter vermittelt) beruht, die Parthie mit Recht nach diesem Vorbringen und zwar selbst dann gerichtet wird, wenn jenes Vorbringen vielleicht dem wahren Sachverhalt nicht entspricht, und daß also namentlich dann keinerlei Grund zur Restitution vorliegt, wenn z. B. die Parthie ein Vorbringen wider besseres Wissen (um Weiterungen abzuschneiden, im Glauben, den Rechtsstreit so besser zu führen ꝛc.) in die Acten niedergelegt hat;

Dagegen ist es

b) in den Gesetzen anerkannt, daß wenn Zwang, Irrthum oder Betrug die Veranlassung zu einer verletzenden Erklärung abgegeben haben, Restitution stattfinden kann, und eben dieß ist

c) unter Umständen deßhalb der Fall, weil das verletzende Vorbringen lediglich auf die Person des Vertreters der Parthie zurückgeführt werden kann.

Hieraus ergibt sich für die Restitutionscausalien bei positiven Handlungen folgende Behandlung.

Es sind zu behandeln:

Zwang,

Irrthum,

Betrug,

Umstand, daß die Verletzung lediglich auf den Vertreter zurückgeführt werden kann.

II. Handelt es sich um Verletzungen durch Unterlassungen und führt die Parthie den Rechtsstreit in Selbstperson, so kann auch hier die Unterlassung auf einer von Zwang, Irrthum und Betrug freien Absicht beruhen, sie kann ferner ihren Grund in einer bloßen Nachlässigkeit oder Unbedachtsamkeit haben, sie kann aber auch veranlaßt sein durch ein äußeres Hinderniß (Krankheit ꝛc.) oder einen sonstigen Zustand, welcher einen Willen nicht entstehen läßt (Unwissenheit, Irrthum).

Dieses Verhältniß ändert sich, im Falle die Parthie durch einen Vertreter handelt, mut. mut. wie bei I.

Digitized by Google

Fragt man nun auch hier wie zu I, wann bei diesen Modalitäten Restitution stattfinde, so ist eine Restitution nicht nur bei der ersten, sondern auch bei der zweiten Modalität (Nachlässigkeit und Unbedachtsamkeit) regelmäßig ausgeschlossen,

l, 16, D. 4. 6.

und die Restitution findet nur statt, wenn ein äußeres oder inneres Hinderniß oder aber das Verschulden des Vertreters die Unterlassung veranlaßt hat.

Bei den Restitutionscausalien gegen Verletzungen durch Unterlassungen sind daher zu behandeln:

Entschuldigendes Hinderniß (absentia mit generalis clausula) einschließlich des Irrthums,

Verletzung durch den Vertreter.

Eine Vergleichung dieser Art der Behandlung mit den oben aufgeführten allgemeinen Restitutionsgründen ergibt:

1) Zwang und Irrthum, welche bei positiven Handlungen gesonderte Restitutionsgründe abgeben, gehen bei den Verletzungen durch Unterlassungen in der generellen Causa „entschuldigendes Hinderniß" auf;
2) Verschulden des Vertreters wirkt bei Unterlassungen und positiven Handlungen;
3) absentia und generalis clausula leiden nur bei Unterlassungen Anwendung.

§. 21.

II. Verhältniß zwischen Läsion und Restitutionsgrund.

Bevor auf die einzelnen Restitutionen eingegangen wird, ist ein denselben gemeinschaftlicher Grundsatz hervorzuheben. Damit der in abstracto taugliche Restitutionsgrund auch in concreto zur Restitution berechtige, muß derselbe mit der Läsion im Causalverhältniß stehen. Dieses Requisit ergibt sich nicht nur aus der Natur der Sache, sondern es ist auch in den Gesetzen

l. 44 D. ex quib. caus. maj. (IV, 6), l. 11, §. 4 de minor. (IV, 4.)

und in der Doctrin anerkannt.

Digitized by Google

Burchardi l. cit. S. 150.
Savigny l. cit. S. 131.
Aus demselben folgt:

1) die Restitution ist stets ausgeschlossen, wo die Läsion auf die angebliche causa restitutionis schlechthin nicht zurückgeführt werden kann (wo die Verletzung erwiesenermaßen in einem anderen Umstande ihren Grund hat).

   Daher ist den Minderjährigen (und folgeweise den ihnen Gleichgestellten) die Restitution zu versagen, wenn die Verletzung lediglich in der iniquitas oder nullitas einer Sentenz beruht, indem diese Art der Verletzung in keiner Weise mit der minor aetas in Causalzusammenhang gebracht werden kann, vielmehr unzweifelhaft lediglich in dem Verschulden des Richters wurzelt [1]). In ganz gleicher Weise ist den Minderjährigen ein besonderer Anspruch auf Restitution zu verweigern, wenn die Verletzung in dem Versehen des öffentlichen Anwalts ihren Grund hat, da derartige Verletzungen auch den Großjährigen treffen können und nicht auf die eigenthümlichen Verhältnisse der Minderjährigen zurückgeführt werden können [2]).

2) Die Restitution ist ausgeschlossen, wo causa und laesio zwar in einem gewissen Verhältniß stehen, die letztere aber bei gehöriger Umsicht hätte vermieden werden können [3]).

Burchardi l. c. S. 108.
Puchta Pandekten §. 100.

Die Anwendung der fraglichen Sätze hat keine Schwierigkeit, wenn es sich um Restitutionen gegen einfache Fristversäumungen oder gegen eine verletzende positive Handlung dreht, welcher ein

---

[1]) Vgl. §. 31 Note 2.
[2]) Vgl. Burchardi l. c. S. 199 Note 130; auch Beleg 1.
[3]) Wenn auch den Lädirten keine Schuld treffen darf, so ist dieß doch nicht so zu verstehen, als habe er einen positiven Beweis des Nichtvorhandenseins der culpa zu führen. Daher ist auch da, wo der Eid das Bescheinigungsmittel abgibt, die Formel nicht in dieser Weise zu fassen. Particularrechtlich ist dieß anders, vgl. §. 47 Note 5.

Digitized by Google

Urtheil noch nicht gefolgt ist. Die Versäumung, das betreffende verletzende Vorbringen müssen gerade in der causa restitutionis ihren Grund und ihre Veranlassung haben [4]).

Schwieriger aber wird diese Anwendung, wenn zu der ursprünglichen Läsion noch andere präcludirende Momente getreten sind und hierdurch die frühere Läsion befestigt und beziehungsweise erneuert worden ist. Da nämlich hier sämmtliche präcludirende Momente angegriffen und beseitigt werden müssen, so fragt es sich, wie sich das Verhältniß hier gestalte [5])?

Man muß unterscheiden:

I. Ist das frühere lädirende Verhältniß die ausschließliche Grundlage und Veranlassung des weiter gefolgten Präclusivmoments, so genügt es, wenn die angeführte causa restitutionis zur Hebung der ursprünglichen Läsion tauglich ist. Denn gerade weil sich hier diese letztere im Verhältniß zum weiter gefolgten Präclusivmoment im strengsten Sinne des Wortes wie Ursache zur Wirkung verhält, so muß auch die causa, welche zur Hebung der ursprünglichen Läsion tauglich ist, eo ipso gegen das nachgefolgte Präclusivmoment wirken.

Steht dagegen

II. das weiter gefolgte Präclusivmoment nicht in einem solchen Verhältniß zur ursprünglichen Läsion und resp. causa restitutionis, hat dasselbe vielmehr eine selbstständige Grundlage und Existenz, so genügt es nicht, wenn der angeführte Restitutionsgrund nur auf die frühere Läsion zielt, sondern es muß das nachgefolgte Moment selbstständig angegriffen und erschüttert werden. Ist nun die Restitution gegen das weiter nachgefolgte Präclusivmoment nicht an schwierigere gesetzliche Voraussetzungen, als die Restitution gegen die ursprüngliche Läsion, geknüpft, so kann jene Erschütterung schon dann erreicht

---

[4]) Vgl. auch S. 43 Note 8.

[5]) Die Vorfrage ist immer, ob die weiter gefolgten, in abstracto präcludirenden Momente auch in concreto gerade dem neu einzubringenden Material gegenüber Präclusivkraft gehabt haben. Bei Urtheilen kann die Frage oft recht zweifelhaft sein.

Digitized by Google

werden, wenn behauptet (und bescheinigt) wird, daß der abnorme Zustand, welcher die frühere Läsion veranlaßte, bis zu dem nachgefolgten präcludirenden Moment angedauert hat. Ist dagegen die Restitution gegen das spätere Präclusivmoment nur unter schwierigeren gesetzlichen Voraussetzungen statuirt, so bedarf es zur Hebung des gefolgten Moments stets noch besonderer, jenen gesetzlichen Voraussetzungen adäquater Restitutionscausalien. Der Anführung besonderer, von der ursprünglichen causa unabhängiger Causalien bedarf es stets auch dann, wenn der Lädirte nicht behaupten kann, daß der frühere abnorme Zustand bis zum gefolgten präcludirenden Moment angedauert habe.

Man kann das Ebengesagte auch anders und zwar so ausdrücken:

a) Soll Restitution gegen mehrere präcludirende Momente auf die ursprüngliche causa hin mit Erfolg gesucht werden, so kann dies nie anders geschehen, als wenn behauptet (und bescheinigt) wird, daß jene causa bis zu dem nachgefolgten Präclusivmoment angedauert habe;

b) Die Fortdauer der ursprünglichen causa gewährt indessen nicht unbedingt und ausnahmslose Anspruch auf Restitution gegen das nachgefolgte Präclusivmoment, sondern nur unter der Voraussetzung, daß die Restitution gegen das letztere Moment nicht an schwierigere Voraussetzungen, als die Hebung der ersten Läsion, geknüpft ist;

c) Ist die Restitution gegen das nachgefolgte präcludirende Moment an schwierigere Voraussetzungen, als die Hebung der ersten Läsion, geknüpft, oder liegt der Fall vor, daß der Verletzte die Fortdauer der ursprünglichen causa nicht behaupten kann, so bedarf es zur Hebung der nachgefolgten präcludirenden Vorschrift stets besonderer, die ursprüngliche causa ergänzender Restitutionscausalien.

Diese Sätze gelten allgemein bei allen Arten von Präclusivmomenten, mag nun die Präclusion in der Unwiderruflichkeit des Urtheils und den Bestimmungen über die Rechtskraft ihren Ursprung haben oder nicht, und sie ergeben sich dergestalt aus der Natur der Sache,

Digitized by Google

daß sie auf Geltung Anspruch machten, auch wenn sie gesetzlich nicht bestätigt wären. In der That findet aber der erste und Hauptgrundsatz (a) in einer reichsgesetzlichen Vorschrift seine Bestätigung und zwar gerade bei dem wichtigsten der präcludirenden Momente, dem Urtheile.

Der Gemeine Bescheid vom 7. Juli 1669 bestimmt bekanntlich, daß die Parthieen mit neuen thatsächlichen Einreden, Repliken u. s. w., sowie Urkunden (Zeugen), selbst nach erlassenem Urtheil noch zugelassen werden können, jedoch nur, wenn sie beeidigen: entweder, daß sie von dem neuen Einbringen vor dem Urtheil keine Kenntniß gehabt, oder (wenn sie es gekannt haben) daß sie es vor dem Urtheil einzubringen dienlich nicht erachtet haben. Diese Bestimmung enthält nun aber vor Allem eine directe Bestätigung des ersten Satzes (a) insofern sie ausspricht, daß wenn auf Grund der Nichtkenntniß oder des Nichtdienlicherachtens Restitution nachgesucht werde, diese Zustände bis zum Urtheil gedauert haben müssen [6]). Sie enthält aber auch noch eine indirecte Bestätigung der obigen Principien überhaupt, sofern man nur neben der eben hervorgehobenen positiven Vorschrift bezüglich zweier Restitutionsgründe den Grundgedanken jenes Gemeinbescheids ins Auge faßt. Augenscheinlich beruht nämlich dieser Bescheid auf der Erwägung, daß eine Parthie mit solchem Einbringen nach dem Urtheil nicht mehr solle gehört werden, welches sie nach Lage der Sache schon vor dem Urtheil geltend zu machen in der Lage gewesen und dessen Erheblichkeit ihr bewußt gewesen ist. Gerade dieser Gedanke schließt nun aber überhaupt jede Restitution gegen ein Urtheil aus, welche schon vor dem Urtheil hätte erbeten werden können, wo also weder die ursprüngliche causa fortdauerte, noch auch eine sonstige Verhinderungsursache eintrat, welche das Einbringen unmöglich machte [7]).

---

[6]) Vgl. §. 44 und 45.

[7]) Die Hess. V.O. vom 12. April 1806, welche die zweite Alternative des gemeinrechtlichen Restitutionseides (das Nichtdienlicherachten) streicht und dafür die „Unmöglichkeit der Herbeischaffung" substituirt, läßt jenen Gedanken noch schärfer hervortreten.

Die unvollständige Erkenntniß des G. B. von 1669 bezüglich der oben erwähnten Bestimmung hat vielfache Irrthümer im Gefolge

Digitized by Google

Es erübrigt die oben aufgestellten Sätze in einer Reihe von Anwendungen zur klareren Anschauung zu bringen.

Wir nehmen zunächst solche Fälle, wo die Restitution gegen das nachgefolgte präcludirende Moment nicht an schwierigere Voraussetzungen, als die Restitution gegen die frühere Moment, geknüpft ist.

A. Es ist der Termin zur Erklärung auf Klage versäumt und Contumacialerkenntniß erlassen. Kommt hier der Beklagte mit einem Restitutionsgesuche ein, welches die contumacia, das Ausbleiben im Termin überhaupt, entschuldigen soll, so genügt es, wenn die Verhinderung im Termin behauptet und bescheinigt wird [8]), denn das Erkenntniß hat seine Veranlassung und Grundlage in der contumacia und die Verhinderung, welche die contumacia beseitigt, muß deßhalb eo ipso auch gegen das Erkenntniß wirken. Ganz gleiches gilt von dem Fall, wo dem Kläger Beweis seines Klaggrundes auferlegt war, er aber die Beweisfrist versäumte und hierauf abweisendes Urtheil erlassen worden ist. Auch hier genügt die Beseitigung der contumacia, um auch das Urtheil zu beseitigen. Anders aber ist es, wenn das Restitutionsgesuch in einem solchen Falle nicht die Beseitigung der contumacia

---

gehabt. Man hat behaupten wollen, bei der durch den fraglichen G. B. statuirten Restitution sei der Sitz der ursprünglichen Läsion (Unterlassung der betr. Handlung innerhalb der vorbest. Frist) vorwärts in das Urtheil verlegt, die fragliche Restitution gehe ausschließlich gegen das Urtheil (nicht auch gegen den Ablauf einer Frist) und nur sie gehe direct und unmittelbar gegen das Urtheil, während dieß bei anderen Restitutionen nicht der Fall sei. Mit diesen Auffassungen steht in unmittelbarem Zusammenhang, daß man die s. g. deutschrechtliche Restitution als eine ganz eigne Species der Restitution, die man der römischen gegenüber stellte, ansah, und darauf fußt dann wieder die eigenthümliche Begriffsbestimmung des Remedium restitutionis durch das O.A.G. in D.

Vgl. aber insofern §. 9. 12 Note 3 u. 4, §. 44. 45 und die Beilage „das Remedium rest. ꝛc."

[8]) Die Grundsätze über die Restitutionsbittfrist bleiben hier vorerst außer Betracht.

Digitized by Google

überhaupt beabsichtigt, sondern z. B. nur die Nachbringung einer früher nicht gekannten Einrede oder Urkunde bezweckt. Hier hat nämlich das Urtheil, obgleich es Contumacialerkenntniß ist, gegenüber der im Restitutionsgesuch ponirten Läsion eine selbstständige Grundlage in der contumacia und es gelten daher die sub C zu erörternden Grundsätze.

B. Es ist Beweisfrist abgelaufen und der Zeugenrotul eröffnet. Soll hier ein Zeuge nachgebracht werden, so steht dieser Absicht eine doppelte gesetzliche Bestimmung entgegen, nämlich einmal die präcludirende Kraft der Beweisfrist und dann die Bestimmung, daß nach eröffnetem Zeugenrotul im Allgemeinen keine Zeugen über dieselben Punkte vernommen werden sollen. Die letztere gesetzliche Vorschrift ist von der ersteren ganz unabhängig, es kann daher auch nicht genügen, wenn z. B. behauptet wird, Implorant habe den Zeugen während der Beweisfrist nicht gekannt, sondern es muß auch die zweite Vorschrift angegriffen werden. Dies kann nun geschehen durch die Behauptung, Implorant habe den Zeugen vor der Eröffnung des Rotulus nicht gekannt; dieselbe Wirkung kann aber auch erreicht werden durch die Behauptung, Implorant habe den Zeugen innerhalb der Beweisfrist nicht gekannt, nach dessen, vor Eröffnung des Zeugenrotulus erfolgtem Auffinden habe er ihn seinem Anwalt benannt, dieser habe aber dessen Namhaftmachung nachlässigerweise versäumt. Denkt man sich zu dem vorliegenden Falle noch ein über das Resultat der Beweisführung erlassenes Erkenntniß, so steht der Einbringung des Zeugen noch eine dritte präcludirende Vorschrift entgegen und von ihr gilt dasselbe wie von der zweiten. Die ignorantia muß also hier bis zum Urtheil gedauert haben oder es muß noch eine sonstige causa angeführt werden *).

*) Notizenbuch Hofgerichts in D. Nr. 161: „Wenn ein auf das neue Auffinden eines Zeugen gegründetes Restitutionsgesuch nach der bereits in der Hauptsache erfolgten Eröffnung des Zeugenrotulus, eingebracht wird, so muß in diesem Gesuche als Zeitpunkt der neuen

Digitized by Google

C. Es ist nach geschlossenem ersten Verfahren Beweis des Klaggrundes auferlegt. Soll hier eine Einrede nachgebracht werden, so steht dieser Absicht der Ablauf der Erklärungsfrist und das Beweisinterlokut entgegen. Das letztere hat eine selbstständige Grundlage in den Verhandlungen des ersten Verfahrens, also eine selbstständige Existenz, und es muß daher der Angriff auch gegen es gerichtet werden, was wieder geschehen kann entweder durch die Behauptung, daß die Nichtkenntniß der Einrede bis zum Urtheil (ist die Rechtskraft eingetreten, bis zu deren Eintritt) gedauert, oder daß Implorant die Einrede erst kurz vor dem Urtheil aufgefunden habe, bis zur Insinuation aber krank gewesen sei.

D. Es ist nach geführtem Beweis Erkenntniß über das Resultat des Beweises ergangen, welches einen Beweis des Klägers

---

Auffindung nicht bloß das letzte Erkenntniß oder der Ablauf der Beweisfrist, sondern auch derjenige angegeben werden, daß der Zeuge erst nach eröffnetem Zeugenrotul neu aufgefunden worden und muß hierauf auch der Restitutionseid gerichtet werden."

E. in S. Zehfuß ca. Schuler 8. Oct. 1838, Völker ca. Körner 7. Dez. 1844, Mohr ca. D. Kißners Kinder 16. März 1846.

Nach dem Hess. Gesetze vom 20. Aug. 1848 werden die Zeugen in Gegenwart der Parthieen vernommen und es findet eine Eröffnung des Zeugenrotulus nicht mehr statt. Die obige Bestimmung wird aber nunmehr, wie schon S. 6 Note 2 angedeutet, auf die erfolgte Zeugenvernehmung übertragen, insofern die betr. Zeugen gerade über den Punkt vernommen worden sind, über welchen der neue Zeuge vernommen werden soll. Anwendungen dieses Satzes finden sich in den Rel. Hofgerichts in D. zu den E. in S. Hüter ca. Schwarz v. 27. Juni 1859 und in S. Roth ca. Dietrich v. 1. Novbr. 1858. Belege 11. 12. In der letzteren Sache wurde aber, da bereits Erkenntniß über das Resultat der Beweisführung ergangen war, das Restitutionsgesuch aber das Auffinden nach dem fraglichen Erkenntniß nicht erwähnt, auch nicht um Rescission dieses Erkenntnisses gebeten hatte, vom O.A.G. reformatorisch auf Abweisung des Gesuches erkannt. Vgl. Beleg 12 cit. In ersterer Sache war auch ein Urtheil, aber nur über die Zulässigkeit der Beweismittel erlassen worden, dies war also kein Urtheil, welches den neuen Zeugen selbstständig präcludirt hatte. S. 9. Note 5. Beleg 18. Beilage „das Remedium ꝛc." Note 1.

Digitized by Google

für verfehlt erklärt. Soll eine neue Urkunde nachgebracht werden, so steht hier der Ablauf der Beweisfrist und das Urtheil entgegen. Letzteres hat, da es auf den gepflogenen Beweisverhandlungen beruht, eine selbstständige Existenz, und wenn daher Restitution erlangt werden soll, so muß diese auch gegen das Urtheil gerichtet sein, Implorant muß also entweder die Fortdauer desjenigen Zustandes, welcher die Versäumung der Urkunde innerhalb der Beweisfrist veranlaßte, behaupten, oder andere Restitutionscausalien zu der ursprünglichen causa hinzufügen, die gegen das Urtheil als solches gerichtet sind; z. B. Nichtkenntniß während der Beweisfrist und äußeres Hinderniß, welches nach Auffindung der Urkunde deren Einbringung vor dem Urtheil hinderte.

Wir nehmen jetzt einen Fall, wo die Restitution gegen das nachgefolgte präcludirende Moment an strengere Voraussetzungen geknüpft ist, als diejenige gegen die frühere Läsion.

E. Es war dem Kläger der Beweis des behaupteten Darlehns auferlegt worden. Er hat diesen Beweis innerhalb der Beweisfrist mit Zeugen angetreten, diese letzteren sind vernommen, es ist aber dann der Beweis für verfehlt erkannt worden. Der Kläger hat sodann dem Beklagten den Eid zugeschoben, dieser hat ihn angenommen und ausgeschworen und es ist darauf definitiv abweisendes Erkenntniß erlassen worden. Sollen hier nachträglich noch Zeugen eingebracht werden, so steht dieser Absicht eine ganze Reihe präcludirender Momente entgegen, nämlich der Ablauf der Beweisfrist, die Eröffnung des Zeugenrotulus, das Erkenntniß über das Resultat der Beweisführung, die Ausschwörung des Schiedseides [10]), das auf letzteren basirte Enderkenntniß und die Rechtskraft des Letzteren. Gegen die drei ersten Vorschriften würde nun schon auf einen der gewöhnlichen Restitutionsgründe (Nichtkenntniß der Zeugen bis zu dem Urtheil über die Beweisführung z. B.) Restitution erlangt werden können. Gegen

[10]) Nach Heßischem Recht auch schon die Acceptation des Schiedseides. Vgl. §. 6. V. Note 3. §. 55.

Digitized by Google

einen ausgeschwornen Schiedseid aber kann nur dann Restitution erlangt werden, wenn ein dolus des Gegners in der Richtung, daß er einen Meineid geschworen habe, behauptet und dargethan wird. Es können also jene gewöhnlichen Restitutionsgründe nicht genügen, sondern es bedarf gerade jener Behauptung des Meineids und des desfallsigen Nachweises, um die drei letzten präcludirenden Momente anzugreifen. Dieser Nachweis kann nun aber selbstverständlich nicht mit solchen Zeugen geführt werden, welche bereits durch die vorausgegangenen präcludirenden Momente ausgeschlossen sind, (weil diese Momente schon an und für sich jedem neuen Zeugen entgegegenstehen), und es ergibt sich daher, daß in einem solchen Falle zu jenem Nachweis des Meineids nur solche Zeugen zulässig sind, bezüglich deren dem Imploranten ohnehin genügende Restitutionscausalien zu Gebote stehen, also z. B. solche, welche er bis zum Endurtheil nicht gekannt oder welche der öffentliche Anwalt, wie Implorant erst nach dem Urtheil erfahren habe, nachlässigerweise nicht benannt hat [11]).

---

[11]) Das hessische Prozeßrecht kennt folgende hier einschlagende, theils durch Gesetz, theils durch die Rechtsprechung anerkannte Grundsätze:
I. Bezüglich der ignorantia (error).

1) Sollen nach erlassenem unverträglichem Urtheil thatsächliche Einreden, Zeugen oder Urkunden noch eingebracht werden, so muß der Implorant (durch Eid) bescheinigen, daß er dieselben vor dem Urtheil nicht gekannt habe; vgl. VO. v. 1806 Art. 3.
Soll ein irriges Geständniß widerrufen werden, so muß der Irrthum bis zum Urtheil gedauert haben. Vgl. Bel. 20. 21.

2) Soll Restitution gegen einen acceptirten freiwilligen Schiedseid mittelst neuer Zeugen oder Urkunden erlangt werden, so kann dies nur geschehen, wenn ein drohender Meineid behauptet und erwiesen wird. Dieser letztere Beweis kann aber nur mittelst vorhin (d. h. vor der Eideszuschiebung) unbekannter Zeugen und Urkunden geschehen, so daß also die Parthie selbst mit den Zeugen und Urkunden ausgeschlossen ist, welche sie zwar nach der Beweisfrist, aber noch vor der Eideszuschreibung entdeckte. Vgl. P. O. Th. II. Tit. 5. §. 2 if. O.A.G.Präj. 37. u. §. 55.

Digitized by Google

III. Einzelne Restitutionsgründe.

Gründe gegen Nachtheile, die durch positive Handlungen entstanden sind.

§. 22.

1) Zwang.

Versteht man unter Zwang eine förmliche Vergewaltigung eines Menschen (vis absoluta), so wird eine solche im Prozeß wohl regelmäßig nur Unterlassungen zur Folge haben können, denkt man

---

3) Die oben unter 2 erörterten Grundsätze leiden mut. mut. auch Anwendung, wenn es sich um Restitution gegen einen abgeschwornen Schiedseid oder gegen ein auf einen abgeschwornen Schiedseid gebautes Urtheil handelt, sofern ein wirklicher Meineid mittelst vorhin (d. h. hier vor der Eidesleistung resp. vor dem Urtheil) unbekannter Urkunde oder Zeugen nachgewiesen wird. Vgl. O.A.G.Präj. 36. u. §. 55.

4) Die Grundsätze sub 2 und 3 sind analog auf den nothwendigen Eid ausgedehnt. Vgl. O.A.G.Präj. 37 cit. u. §. 55.

II. Bezüglich der Unmöglichkeit der Herbeischaffung.
Hier soll die Restitution mit neuem Einbringen gegen ein Urtheil nur dann zugelassen werden, wenn behauptet (und durch Eid bescheinigt) wird, daß die Unmöglichkeit bis zu dem Urtheil gedauert hat. Vgl. VO. von 1806 Art. 3. u. §. 47.

III. Bezüglich des Irrthums des öffentlichen Anwalts in Bezug auf factische Angaben.
Hier läßt das O.A.G. Restitution contra rem judicatam nur dann zu, wenn der Implorant behauptet und (durch Eid) bescheinigt, daß er erst nach der Rechtskraft des Urtheils Kenntniß von dem Irrthum seines Anwalts erhalten habe. Vgl. Wallhaus ca. v. Riedesel, Beleg 36. Oppenheimer u. Aufholz ca. Meyer, Bel. 34.
Obgleich diese Grundsätze (I, II, III) sämmtlich nur Ausflüsse und Anwendungen der oben im §. 21 erörterten Principien sind und also die Richtigkeit dieser letzteren geradezu bestätigen, so erkennt doch das O.A.G. die allgemeine Anwendbarkeit jener Principien nicht an, befolgt vielmehr hierher eine eigenthümliche Rechtsprechung. Diese Rechtsprechung bezieht sich auf den Fall, wenn

Digitized by Google

sich aber auch den Fall, daß dadurch eine positive Handlung hervorgerufen worden wäre (der Zwingende führt der Parthei zur

---

das nachgefolgte präcludirende Moment ein Urtheil ist und sie steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Begriffsbestimmung des technisch s. g. Remedium restitutionis im Gegensatz zum Beneficium restitutionis, insofern auch bei letzterem ein Urtheil in Frage kommt. Bei dem Remedium restitutionis sollen jene Principien gelten, beim Beneficium nicht, in Fällen der letzteren Art soll vielmehr die Restitution nur gegen eine Fristversäumung gerichtet sein und das Urtheil soll folgeweise fallen.

Soweit sich der letztere Satz auf reine Contumacialerkenntnisse bezieht und die Restitution den Zweck hat, die contumacia zu beseitigen, ist er nicht zu bestreiten (vgl. S. 53 Nr. I), seine Richtigkeit ist aber zu läugnen bei jeder anderen gegen Urtheil gerichteten Restitution und die nachfolgenden Erörterungen sollen diese Ansicht rechtfertigen. Bei diesen Erörterungen ist der Ausdruck „Restitution gegen Urtheil" in dem zuletzt bemerkten Sinne, also unter Ausschluß reiner Contumacialerkenntnisse, welche durch Beseitigung der contumacia angefochten werden, zu verstehen.

Die Hauptfälle, welche bei der hier zu behandelnden Frage in Betracht kommen, sind diejenigen, wo die Parteihandlungen an sich vorgenommen worden sind, aber eine einzelne Einrede, Replik, Duplik, ein einzelner Zeuge, eine einzelne Urkunde einzubringen unterlassen worden ist, und an diese Fälle wird sich daher auch der Beweis der Unrichtigkeit der hier bekämpften Ansicht anzuschließen haben.

Hierbei soll nun nachgewiesen werden:

A. daß nach den Denkgesetzen in jenen Restitutionsfällen die Restitution gegen die ursprüngliche Läsion allein niemals das folgeweise Wegfallen des Urtheils mit sich führen kann;

B. daß diejenigen Fälle, wo mittelst des technisch s. g. Beneficium restitutionis Restitution gegen ein Urtheil gesucht wird, wegen völliger Gleichheit der Verhältnisse nicht anders behandelt werden dürfen, als die Fälle, wo die Restitution mittelst des technisch s. g. Remedium rest. gesucht wird;

C. daß die vom O.A.G. adoptirte Ansicht dem Grundsatz widerstreitet, daß Restitution nicht ertheilt werden soll, wo die Läsion hätte vermieden werden können;

D. daß die fragliche Rechtsprechung bei consequenter Durchführung erhebliche Inconvenienzen mit sich führt.

Digitized by Google

Unterschrift die Hand); so kann doch hier von einer eigentlichen Willenshandlung nicht die Rede sein und die äußere Handlung

---

Zu A. Man nehme eine bestimmte Actenlage und reihe an sie ein Restitutionsgesuch, welches sich nach der Rechtsprechung unzweifelhaft als Beneficium rest. qualificirt. Es ist nach regelrecht, innerhalb der üblichen Fristen gepflogenem ersten Verfahren dem Kläger der Beweis des behaupteten Darlehns, dem Beklagten der Beweis der (eventuell vorgeschützten) Einrede der Compensation auferlegt worden. Die Vorschützung der dem Beklagten in Wahrheit zustehenden Einrede der Zahlung ist unterblieben. Wird nun die Nachbringung dieser Einrede auf Grund der Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts erbeten, so qualificirt sich dieses Gesuch als Beneficium restitutionis und diese Restitution soll nur gegen die ursprüngliche Versäumung der Erklärungsfrist gerichtet sein, das Beweisinterlokut soll folgeweise wegfallen. Wie kann das letztere aber logisch möglich sein? Das Urtheil ist weder durch die Unterlassung der Einrede der Zahlung veranlaßt, noch hat es seine Grundlage in jener Unterlassung, sondern es ist veranlaßt durch die Erschöpfung der Streitverhandlungen und lediglich der Inhalt dieser letzteren bildet die Grundlage desselben. Richtig ist zwar, daß das Urtheil auch die Einrede der Zahlung berücksichtigt haben würde, wenn sie vorgetragen worden wäre, daß also der Inhalt des Urtheils in einer einzelnen Richtung ein modificirter geworden wäre, allein dieser Umstand kann nicht folgeweise das Urtheil beseitigen und resp. entkräften, weil er die Existenz des Urtheils nach logischen Grundsätzen nicht zu beseitigen vermag. Schon die Existenz des Urtheils und die ihm eo ipso inwohnende präcludirende Kraft aber ist es, welche für sich und abgesehen von dem Ablauf der Erklärungsfrist der Nachbringung der Einrede entgegensteht. Diese Selbstständigkeit ist es, welche bei der angefochtenen Ansicht verkannt wird und welche unverkennbar zu Tage tritt, wenn man sich den Fall denkt, wo ein Ablauf der Erklärungsfrist dem Einbringen der Einrede gar nicht entgegensteht. Man nehme z. B. den Fall, wo der Beklagte Offenhaltung der Erklärungsfrist erlangt, dann aber ohne weitere Fristbestimmung die Erklärungsschrift eingereicht und der Richter diese Letztere sofort ad replicandum mitgetheilt hat. In diesem Falle steht, nachdem das Urtheil ergangen ist, nur dieses allein dem Nachbringen der Einrede, also ganz selbstständig entgegen und es kann gar keine Rede davon sein, daß hier das Beneficium restitutionis zunächst gegen eine Fristversäumung gehe.

Digitized by Google

erscheint daher durch den Nachweis des Zwangs an sich beseitigt. Der Ausdruck Zwang begreift aber auch die Einwirkung auf den

---

Nehmen wir eine andere Actenlage und ein anderes Restitutionsgesuch, welches sich als **Beneficium restitutionis** qualificirt. Es war dem Kläger der Beweis des behaupteten Darlehns auferlegt worden und es ist nach geschlossenem Beweisverfahren der Beweis, unter Vorbehalt der Eideszuschiebung, für verfehlt erklärt worden. Soll hier eine Urkunde noch eingebracht werden, welche der öffentliche Anwalt nachlässigerweise einzubringen versäumt hat, so wird das **Beneficium restitutionis** als vorhanden angenommen, es soll also genügen, wenn die Versäumung der Beweisfrist entschuldigt wird, und diese Hebung der Läsion soll folgeweise auch das Urtheil beseitigen. Aber auch hier ist das Urtheil, welches den Beweis für verfehlt erklärt, weder durch die nichterfolgte Namhaftmachung der Urkunde veranlaßt, noch hat es seine Grundlage darin, sondern es ist basirt auf die in den Acten befindlichen Beweisverhandlungen und hat eine ebenso selbstständige Existenz, wie im ersten Beispiel das Beweisinterlokut. Auch hier läßt sich denken, daß die Beweisfrist gar nicht entgegensteht, wenn z. B. eine solche Frist aus Versehen nicht angesetzt oder offengehalten war, der Beweisführer aber freiwillig Beweis angetreten hat.

Man gehe zu einem dritten Falle über. Es ist in der Erklärung auf Klage durch den öffentlichen Anwalt ein irriges thatsächliches Geständniß in die Akten niedergelegt und daher der betreffende Theil des Klaggrundes als zugestanden angenommen, eben deßhalb aber auch nur der übrige Theil zum Beweis ausgesetzt worden. Nach der Rechtsprechung handelt es sich, insofern auf den Irrthum des Advokaten Restitution gegen das noch nicht rechtskräftige Beweisurtheil verlangt wird, um das **Beneficium restitutionis** und es genügt der Angriff des Irrthums an sich resp. der Angriff der Präclusion durch die Erklärungsfrist. Die Selbstständigkeit des Beweisinterlokuts ist aber auch hier nicht zu bestreiten und daher kann es auch nur dann erschüttert werden, wenn es selbstständig angegriffen wird, nicht als einfache Folge der Hebung der ersten Läsion.

Behalten wir bei einem vierten Beispiel ganz die vorige Actenlage und auch das Restitutionsgesuch nur mit dem einzigen Unterschied bei, daß der Vorstand einer Kirche das irrige Zugeständniß gemacht hat, so tritt hier an sich ganz gleiches Verhältniß, jedoch mit dem Unterschiede ein, daß weil das Privileg der Kirchen eine **causa restitutionis perpetua** ist, dieses Privileg sofort auch den Restitutionsgrund für das Urtheil abgibt. Es fällt auch hier das

Digitized by Google

Willen eines Menschen durch absichtlich erregte Furcht (vis compulsiva). Eine solche Einwirkung kann nun allerdings auch die Ursache

Urtheil nicht folgeweise, sondern weil das Privileg seine Wirkung gegen jede Läsion, also auch gegen das Urtheil äußert.

Zu B. Um diesen Satz zu beweisen, behalte man die zu A zuerst ponirte Actenlage und das dort erwähnte Restitutionsgesuch, welches also die früher nicht vorgeschützte Einrede der Zahlung auf Grund der Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts einzubringen beabsichtigt, bei und stelle diesem Gesuch bei völlig gleicher Actenlage ein anderes Restitutionsgesuch an die Seite, welches das Einbringen der Einrede auf Grund der ignorantia der Parthie bezweckt. Diese Fälle sind sich bezüglich der Läsion völlig gleich, denn in beiden Fällen ist die Einrede der Zahlung vorzuschützen unterlassen worden, in beiden Fällen steht der Nachbringung sowohl der Ablauf der Exceptionsfrist, als auch das Urtheil entgegen und nur darin sind sie verschieden, daß die Gesuche auf verschiedene Restitutionsgründe gestützt sind. Im ersten Falle soll nun aber die Restitution schon dann ertheilt werden, wenn nur die Versäumung der Erklärungsfrist entschuldigt wird, das Urtheil soll dann folgeweise fallen, im zweiten wird dagegen verlangt, daß die ignorantia (nicht bloß während der Frist, sondern) bis zum Urtheil gedauert habe, es muß also das Letztere selbstständig angegriffen werden. Welcher Grund liegt nun vor, den ersten Fall anders, als den letzteren zu behandeln?

Man behalte jetzt auch den zweiten bei A ponirten Fall bei, wo also die Benennung einer Urkunde unterlassen worden ist und die Nachbringung auf den Grund der Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts versucht wird, und stelle ihm bei gleicher Aktenlage ein anderes Gesuch an die Seite, wo die Nachbringung deßhalb versucht wird, weil es dem Imploranten früher unmöglich war, die Urkunde herbeizuschaffen. Im letzteren Fall wird das Remedium restitutionis als vorhanden angenommen und es muß behauptet und (durch Eid) bescheinigt werden, daß die Unmöglichkeit der Herbeischaffung bis zu dem Urtheil gedauert habe, im ersten Falle soll es dagegen genügen, wenn nur die Versäumung der Beweisfrist entschuldigt wird, und das Urtheil soll folgeweise fallen. Welche innere Gründe liegen nun aber für diese verschiedene Behandlungsart vor?

Man stelle dem dritten sub A besprochenen Restitutionsgesuch bei gleicher Actenlage ein anderes an die Seite, welches sich nur darin unterscheidet, daß, während in jenem Fall das irrige Geständniß auf dem Irrthum des Advokaten beruhte, dieses durch den Irrthum der Parthie selbst veranlaßt ist. Das Letztere qualificirt

Digitized by Google

sein, daß die Parthie ein ihr ungünstiges Vorbringen in die Acten niederlegt. Der Zwang hebt aber in dieser Richtung das Dasein

sich als Remedium restitutionis und es muß das Gesuch gegen das Urtheil selbst gerichtet werden, indem behauptet werden muß, der Irrthum sei erst nach Erlaß des Urtheils entdeckt worden. Im ersteren Falle aber soll es genügen, wenn nur der Irrthum des Advokaten zur Zeit der Abgabe der betr. Erklärung behauptet wird, und die Parthie könnte also auf einen solchen Irrthum hin Restitution auch dann erlangen, wenn sie ihn schon vor dem Urtheil erfuhr, es aber nachlässiger Weise unterließ, ihn vor dem Urtheil geltend zu machen. Die Gleichartigkeit dieser Fälle springt aber in die Augen und sie beanspruchen ganz gleiche Behandlung, weil sie in Wirkung und Richtung ganz parallel laufen.

Zu C. Es ist schon früher der Satz aufgestellt und begründet worden, daß Restitution dann nicht ertheilt werden solle, wenn die Verletzung bei gehöriger Sorgfalt hätte vermieden werden können. Läßt man nun aber bei einer Actenlage, wo dem Urtheil bereits eine Fristversäumung oder eine sonstige völlig zur Perfection gelangte Läsion vorausgegangen ist, die Restitution gegen das Urtheil schon dann zu, wenn die ursprüngliche Läsion, also z. B. das Nichthandeln während der Frist beseitigt resp. entschuldigt wird, so wird jener Grundsatz außer Acht gelassen für die Fälle, wo der abnorme Zustand, welcher die ursprüngliche Läsion veranlaßt hatte, vor dem Urtheil weggefallen und der Lädirte in der Lage war, die durch das Urtheil in Aussicht stehende weitere Läsion zu vermeiden. Der Umstand, daß Jemand mit einem neuen Material bereits durch eine Frist präcludirt ist, kann ihn nicht berechtigen, nunmehr auch die weitere Präclusion durch das Urtheil säumiger Weise ruhig abzuwarten.

Zu D. Der Gemeine Bescheid vom 7. Juli 1669 und die darauf basirte Hessische V.O. vom 12. April 1806 statuiren die Restitution auf Grund der ignorantia (error) nur dann, wenn es sich um Thatsachen, Zeugen oder Urkunden handelt, also nicht, wo es sich um einen error juris dreht. Nichtsdestoweniger wird schon nach römischem Rechte ausnahmsweise wegen eines error juris Restitution ertheilt. Die letzteren Fälle werden im Wesentlichen vom O.A.G. als unter das Beneficium fallend angesehen, die ersteren begründen das Remedium. Als Beneficium restitutionis qualificirt sich namentlich der Fall, wo eine Frau aus Nichtkenntniß ihrer weiblichen Rechtswohlthaten die Vorschützung der exceptio SCti Vellejani unterlassen hat. Denkt man sich nun aber z. B., daß die Frau, welche diese Restitution nachzusuchen in der Lage ist, zu-

Digitized by Google

und die Wirkung des Willens nicht auf und das betr. Vorbringen muß daher als ein im Allgemeinen rechtsverbindliches angesehen werden. Dafür verordnen aber die Gesetze, daß dem Gezwungenen Restitution ertheilt werden soll, sofern nur überhaupt ein justus metus vorlag. Daß dieser Restitutionsgrund auch gegen rechtskräftiges Erkenntniß wirke, kann schon wegen des allgemeinen „ratum non habebo" nicht bezweifelt werden, l. 1 D. quod metus causa

---

gleich auch die Einrede der Zahlung neu aufgefunden hätte, so würde, falls sie wegen beider Einreden um Restitution nachsuchte, die Inconvenienz eintreten, daß sie bei der exceptio SCti Velleiani nur zu behaupten brauchte, daß sie dieselbe innerhalb der Exläuterungsfrist nicht gekannt habe, während sie bei der Einrede der Zahlung die Nichtkenntniß bis zum Urtheil behaupten und (durch Eid) bescheinigen müßte, so daß also der error juris glimpflicher, als der error facti behandelt würde. (In dieser Consequenz ist der Ref. des O.A.G. in S. Schönberger Ehefrau ca. Reimherr, Beleg 15. wirklich gekommen).

Das O.A.G. rechnet den Fall, wo Jemand auf Grund der Nichtkenntniß eines ausländischen Rechtssatzes Restitution zur Nachbringung einer Einrede u. s. w. nachsucht, unter das Remedium restitutionis, indem es die Existenz dieses Rechts als eine Thatsache ansieht, dagegen den Fall, wo ausnahmsweise die Nichtkenntniß eines partikulären inländischen Rechtes Entschuldigung verdient, unter das Beneficium restitutionis. Denkt man sich nun zwei auf Einbringung einer Einrede gerichtete Restitutionsgesuche, von welchen sich das eine auf die Nichtkenntniß in erster Richtung, das zweite auf die Nichtkenntniß in der letzteren Richtung stützte, so kommt die Inconvenienz zu Tage, daß die Nichtkenntniß des ausländischen Rechts strenger behandelt wird, als die Nichtkenntniß des inländischen. Vgl. Idstein ca. Cleve Erben, Beleg 17. Ganz ähnliche Inconvenienzen treten ein, wenn man den Fall, wo eine Parthie aus begründeter Furcht oder wegen des dolus eines Dritten das Einbringen einer Urkunde unterlassen hat, neben den stellt, wo die Parthie die Urkunde nur deßhalb nicht benannte, weil sie sie nicht herbeischaffen konnte. Im ersten Fall liegt das Beneficium, im letzteren das Remedium restitutionis vor. Im zweiten kann die Restitution nur erlangt werden, wenn das Hinderniß bis zum Urtheil gedauert hat, im ersten auch dann, wenn das Hinderniß (Zwang, Betrug) schon vor dem Urtheil weggefallen ist.

Alle die eben aufgeführten Fälle sind zugleich ganz besonders geeignet, als Beispiele und Belege zu B. zu dienen.

Digitized by Google

(IV, 2). Im römischen Recht wurde übrigens hier vielfach durch die actio und exceptio quod metus causa geholfen.

§. 23.

2. Irrthum [1]).

Hat eine Person die richtige Vorstellung von Etwas nicht, so kann sich dieser Mangel in doppelter Richtung zeigen, nämlich als bloße Bewußtlosigkeit in Beziehung auf den Gegenstand (ignorantia), oder dergestalt, daß eine bestimmte andere unrichtige Vorstellung die wahre verhüllt und beseitigt hat (error) [2]). Eine solche unrichtige Vorstellung kann nun erzeugt sein durch den unredlichen Willen eines Andern — Betrug, sie kann aber auch unabhängig hiervon bestehen — ignorantia und error schlechtweg. Hier handelt es sich zunächst nur von der letzteren Richtung.

Bei der Frage, inwiefern der Irrthum zur Restitution im Prozeß führen kann, ist zunächst die Frage zu beantworten:

I. Wie muß der Irrthum geeigenschaftet sein, damit er überhaupt Wirkung äußern könne?

Diese Frage bezieht sich gleichmäßig auf Nachtheile durch positives Thun und solche durch Unterlassen.

Sodann ist

II. der Umfang der Wirkung des Irrthums und zwar vorerst bezüglich der Verletzungen durch positive Handlungen zu bestimmen.

§. 24.

Zu I. Qualification des Irrthums.

Die Bedingungen, unter welchen dem Irrthum überhaupt im Rechtsgebiet Wirkung eingeräumt wird, werden regelmäßig auch im

[1]) Ueber Irrthum und Betrug überhaupt vgl. Savigny System Bd. III Beilage VIII, dem ich in §. 24 wesentlich folge.

[2]) Es läßt sich ein dritter, zwischen der ignorantia und dem error liegender Zustand des Bewußtseins denken: der des Zweifelns. Wie bei dem positiven Irrthum, so ist auch hier die Nichtkenntniß des wahren Sachverhalts das juristisch Erhebliche; ein bedeutsamer Unterschied liegt aber darin, daß der Zustand der Ungewißheit zur Ergründung der Wahrheit und beziehungsweise Bil-

Digitized by Google

Prozeß erfordert und es müssen daher folgende Grundsätze auch hier als maßgebend aufgestellt werden:

1) Jede Wirkung des Irrthums ist ausgeschlossen, wenn dem Irrenden (Nichtwissenden) eine besondere Verschuldung zur Last fällt, d. h. der Irrthum leicht zu vermeiden, der richtige Sachverhalt leicht zu ergründen war [1]).

2) Hat der Irrthum (das Nichtwissen) Thatsachen zum Gegenstand (error, ignorantia facti), so gilt derselbe so lange als entschuldbar, als nicht das Gegentheil erhellt. Die Unentschuldbarkeit wird aber regelmäßig dann als erwiesen erachtet, wenn es sich um solche Thatsachen dreht, welche der Irrende früher gewußt hat, beziehungsweise gewußt haben muß. Eine solche Wissenschaft wird präsumirt, wenn es sich um eigne Thatsachen (error ignorantia facti proprii) dreht und die ausnahmsweise Entschuldbarkeit (Vergessen in Folge einer Krankheit, welche das Gedächtniß geschwächt hat ꝛc.) muß hier behauptet und erwiesen werden. Handelt es sich um fremde

---

dung einer gewissen Vorstellung (sei diese auch ein positiver Irrthum) auffordert. Nur wenn der Zweifel nicht zu lösen war, kann die damit verbundene Unkenntniß des wahren Sachverhalts zur Rest. führen, und auch dann wird auf Grund derselben regelmäßig nur die Nachholung einer unterlassenen selbstständigen Behauptung, nicht auch die Beseitigung eines unrichtigen Geständnisses (bestehe dieses in der Einräumung einer vom Gegner aufgestellten Behauptung oder in einer selbstständigen Anführung) bewirkt werden können, weil die Unkenntniß des wahren Sachverhalts allein (ohne den Glauben an die Richtigkeit des Zugestandenen) den Gestehenden noch keineswegs zur Einräumung des bezweifelten Umstandes nöthigt und also eine gewisse culpa des Gestehenden den Causalnexus mit der Läsion vernichtet. Vgl. §. 21 und §. 28 Note 3.

[1]) O.A.G.Präj. 162. „Die Zulassung zu dem in der V.O. v. 12. April 1806 bestimmten Eide: daß Implorant vor der richterlichen Entscheidung von dem neuen Einbringen Nichts gewußt habe, findet alsdann nicht statt, wenn dem Restitutionsimploranten in Bezug auf sein früheres Nichtwissen des neuen Einbringens eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt." Vgl. auch Hoffmann l. c. S. 114 fg. und Rel. Hofgerichts in D. Arnold ca. Jakobi (Beleg 9).

Digitized by Google

Thatsachen und erhellt nicht die frühere Wissenschaft sofort, so muß sie dem Imploraten erwiesen werden [2]).

3) Hat der Irrthum oder die Unwissenheit die Rechtsregeln zum Gegenstand (error juris), so wird die Unentschuldbarkeit als Regel angenommen. Doch kann auch dieser Irrthum ein schuldloser werden. Als entschuldbar erscheint er namentlich, wenn er sich auf fremdes Recht, nicht publicirtes particuläres Recht, auf Gewohnheitsrecht, bezieht [3]) [4]). Der Rechtsirr-

[2]) Das O.A.G. hat angenommen:

1) daß das bloße Vergessen oder Nichterinnern eines eignen Factums des Restitutionsimploranten im entscheidenden Moment nicht zur Restitution führen könne;

2) daß überhaupt solche factische Momente (also auch fremde) bei der Restitution undienlich seien, deren frühere bei dem Imploranten bestandene Wissenschaft nicht in Zweifel gezogen werden könne, und welche nur während des Prozesses seinem Gedächtniß entfallen gewesen.

Vgl. Leske ca. Heyer 1837, Feigel ca. Werner 1846 (Beleg 12), Müller ca. Müller 1848, Breidenbach ca. Breidenbach 1852.

3) In S. Eckstein Wtw. ca. Köhler und Stroh, 1840, ist auch die Zulässigkeit einer Restitution ausgesprochen, welche sich auf das Vergessen einer früheren Handlung stützte.

[3]) In Anerkennung obiger Grundsätze hat das O.A.G.

1) Restitution contra rem judicatam wegen Versäumung einer Verjährungseinrede, gestützt auf die Unkenntniß bezüglich der Frankfurter Wechselordnung und Giltigkeit derselben in Mahrhausen, ertheilt in S. Idstein m. Cleve Erben 1842. Beleg 17.

2) In S. Rüppel und Hamier ca. Landgräfin Georg wurde ein gegen rechtskräftiges Urtheil gerichtetes Restitutionsgesuch, welches auf die Behauptung gestützt war, daß der Curator ad lites erst nach dem Urtheil erfahren habe, daß nach Frankfurter Gesetzen und Gerichtsgebrauch den Büchern der Banquiers die Beweiskraft der Handelsbücher eigentlicher Kaufleute nicht zustehe und daß das Handlungshaus Rüppel und Hamier zu der Classe dieser Banquiers gehöre, (also auf eine Beweiseinrede hinzielte), zugelassen. E. O.A.Gs. v. 25. Nov. 1832.

3) Ausländern wurde wegen Unbekanntschaft mit einer hessischen V.O., welche eine einjährige Frist zu Reassumtion reichsgerichtlicher Prozesse vorschrieb, Restitution ertheilt lt. Erk. in Seuffert's Archiv Bd. VI, Nr. 298; Hessen-Philippsthal-Barchfeld ca. Solms-Hohensolms, 1851. Beleg 67; auch einem Inländer

Digitized by Google

thum muß aber auch dann als entschuldbar angesehen werden, sobald er, wenn auch nur mittelbar, auf das Gericht zurückgeführt werden kann [4]). Eine allgemeine Anwendung dieses

unter besonderen Verhältnissen in S. Steinmetzenfels u. v. Schmittburg ca. v. Manchenheim. Beleg 7.

[4]) Der von Savigny vertheidigte Satz, daß der Rechtsirrthum auch bei contraversen Fragen entschuldbar sei, wird vom Hofg. in Gießen nicht anerkannt. Vgl. E. v. 24. März 1860 in S. Dörrs Erben ca. Kallenbach. In der Rel. heißt es, der Satz sei überhaupt in der Rechtsprechung der Hessischen Gerichte nicht gebilligt.

[5]) a) Das O.A.G. hat entschieden, daß falsche Belehrung (eines Ausländers) durch das Kanzleipersonal eines Gerichts über die von ihm in einem Rechtsstreit vorzunehmenden Handlungen resp. Unterlassungen ein genügender Restitutionsgrund sei. Arch. f. pr. R.W. Bd. VIII, S. 517.

b) Das Hofgericht in D. hat angenommen, daß wenn die Gerichte selbst ein Enunciat als einfaches Decret prädiciren, welches in höherer Instanz für ein eigentliches Erkenntniß erklärt wird, sogar dem rechtskundigen Anwalt Restitution zu ertheilen sei, falls jene Verfügung, statt mit einem ordentlichen Rechtsmittel durch außergerichtliche Beschwerde angefochten worden sei. Notizenbuch Nr. 84.

c) In S. Mainz zu Offenbach ca. Banquier Fellner hat das O.A.G. ausgesprochen, daß wenn gleich nach Art. 12 des Gesetzes v. 20. Aug. 1848 angenommen werden müsse, daß die zur Rechtfertigung der Appellation bewilligte Frist sofort mit Ablauf der gesetzlichen Rechtfertigungsfrist in Lauf zu treten habe, doch in einer undeutlichen Fassung des die Frist erstreckenden Landgerichtsdecrets, durch welche der die Frist Begehrende irre geleitet werde, ein genügender Restitutionsgrund zu finden sei. Verf. v. Jan. 1850.

d) In S. Röder ca. Volk hat das Hofgericht in D. einen Rechtsirrthum verziehen; es wurde (von anderen Gründen abgesehen) bemerkt, daß derselbe durch eine zweckmäßige richterliche Verfügung vermieden worden wäre. Beleg 6.

e) In S. Dörrs Erben ca. Kallenbach ging das Hofgericht in G. davon aus: Restitution wegen Versäumung der speciellen Einlassung auf Grund des Irrthums, man habe geglaubt, die Erklärung, man widerspreche generell, sei genügend, ist unzulässig, da dieser error nie error juris sei, welcher, vorausgesetzt, daß es nicht unmöglich gewesen, einen Rechtsverständigen zu Rath zu ziehen, nicht entschuldbar ist, namentlich auch nicht wegen Rusticität des Irrenden, da diese nur in einzelnen bestimmten Fällen privilegirt sind.

Digitized by Google

letzteren Satzes ist namentlich auch in allen Fällen gerechtfertigt, wo die Gesetze vorschreiben, daß der Parthie mit der ihr zugehenden richterlichen Verfügung zugleich ausdrückliche Rechtsbelehrung (Erklärung des auf Versäumung des Termins stehenden Nachtheils) ertheilt werden solle. Hier erkennt nämlich das Gesetz gewissermaßen selbst an, daß es der Parthie gestattet sei, ohne diese Erklärung jus ignorare, und es muß daher mindestens der rechtsunkundigen Parthie (nicht den öffentlichen Anwälten) Restitution ertheilt werden *).

§. 25.

Privilegirte Personen.

1. Frauen.

Frauen waren früherhin bezüglich des Rechtsirrthums privilegirt wie die Minderjährigen, es war ihnen ganz allgemein gestattet jus ignorare. Nachmals wurde indessen dieses Privileg wesentlich beschränkt, indem Kaiser Leo eine Verordnung erließ, wonach Frauen nur in den früher ausdrücklich in den Gesetzen enthaltenen

---

Bei der Unterlassung specieller Einlassung, wenn vor dem Richter ad protocollum gehandelt wird, wird aber richtiger die Restitution zu gewähren sein, da der Richter gesetzlich die Parthie zur speciellen Einlassung anleiten soll. Auch abgesehen von einem bei der Parthie durch die richterliche Unterlassung verursachten Irrthum, ist zu restituiren, weil der Richter eine gesetzliche Bestimmung nicht beobachtet hat, die Schuld der Unterlassung also in dem Richter liegt.

Vgl. die Rechtsprechung des Hofg. in D. zu §. 47, Note 1.

*) Das O.A.G. hat einer Parthie, welcher der Appellationslibell „sub praejudicio praeclusionis ad excipiendum vel pure submittendum" mitgetheilt worden war, gegen die Versäumniß der fraglichen Frist k. H. auf den Grund restituirt, daß sie diese lateinische Auflage und den damit verbundenen Rechtsnachtheil nicht verstanden habe, m. a. W. eine wahre Erklärung nicht erfolgt sei.

Dekr. v. 10. März 1881 in S. Lutz ca. Herbst. Vgl. auch Notizenbuch Hofgs. in D. 110. Ueber Restitution gegen den Ablauf der Restitutionsfrist, wenn diese der Parthie vom Richter und resp. ihrem Anwalte nicht erklärt worden ist, vgl. Rel. O.A.Gs. in S. Silbereisen ca. Bickes (Beleg 58) und §. 26 Note 1.

Digitized by Google

Fällen privilegirt bleiben sollten. Es hat sich nun aber die Anwendung jenes Privilegs nur in vier Stellen erhalten. Von diesen bezieht sich eine gar nicht auf den Prozeß, l. 2, §. 1 de inspic. ventre (25. 4); zwei andere beziehen sich zwar auf denselben, sind aber heutzutage unpraktisch, l 1, §. 2—5 de edendo (2. 13)[1]. l. 8, §. 2 qui satisdare (2. 8)[2]; die vierte ist näher zu betrachten:

Die condictio indebiti ist im Allgemeinen ausgeschlossen, wenn die Zahlung aus Rechtsirrthum geschah. Die c. 9 C. ad SCt. Vellejanum (4. 29) bestimmte aber, daß einer Frau, welche eine Schuld, gegen die sie sich mit dem SCtum Vellejanum hätte schützen können, in Unbekanntschaft mit dieser Rechtswohlthat gezahlt habe, dieser Rechtsirrthum nicht schaden, sie also zur Zurückforderung des Indebitum befugt sein solle. Die praktische Anwendbarkeit dieser Stelle auf den Prozeß unterliegt in dem Falle, wenn eine Frau in Unkenntniß über die ihr statuirte Rechtswohlthat die Vorschützung der betr. exceptio SCti Vellejani versäumt hat, keinem Bedenken, und zwar schon deßhalb nicht, weil die Rückforderung der Zahlung augenscheinlich ein majus im Verhältniß zur Vorschützung der Einrede ist[3].

---

[1]) Im älteren Prozeß wurde der Kläger, welcher mit Anstellung der Klage nicht zugleich alle darauf bezüglichen Urkunden mit einreichte, mit den Urkunden ausgeschlossen. §. 6 Nr. 1. In der obigen lex ist nun aber gesagt, daß Frauen gegen diese Versäumniß restituirt werden sollten.

[2]) Hatte eine zum Cautionsverlangen befugte Parthie im Prozeß einen Bürgen acceptirt, der sich nachmals als Sclave herausstellte, so konnte sie im Allgemeinen zwar Restitution erlangen, wenn sie den Sclaven früher für einen freien Mann gehalten hatte, weil dann ein entschuldbarer factischer Irrthum vorlag, nicht aber dann wenn sie den Sclaven als solchen erkannt und nur aus Rechtsirrthum angenommen hatte. Die Frauen wurden aber auch in diesem Falle restituirt. Vgl. §. 28 Note 1.

[3]) Das O.A.G. hat angenommen, daß ein Restitutionsgesuch gegen ein rechtskräftiges Urtheil von einem Frauenzimmer mit der Behauptung begründet werden könne, daß dasselbe nachmals erfahren habe, daß eine von ihm ohne Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten eingegangene Bürgschaft ungiltig sei, mithin die affirmative Litis-

Digitized by Google

§. 26.

2. Rustici.

Die Stellen, in welchen Rustici als privilegirt aufgeführt werden, sind folgende:

l. 1. §. 2 — 5 de edendo (2. 13). Danach wird ihnen, wie den Frauen die versäumte Beweisanticipation nachgesehen. —

c. 8 C. qui admitti (6. 9). Hier wird ihnen die Versäumniß der Frist zur agnitio der Bonorum possessio nachgesehen. —

l. 7, § 4 de jurisd. (2, 1), l. 2, §. 1, si quis in jus voc. (2. 5). Nach diesen Stellen werden Rustici bezüglich einzelner strafbarer Handlungen, deren Strafbarkeit nicht schon aus dem inneren Gefühl erhellt, glimpflicher als andere Menschen behandelt. —

Die Praxis hat diesen Stellen, mindestens was die Versäumung von Fristen anlangt, ein allgemeines Princip unterlegt und es werden daher Rustici, wenn sie aus Rechtsunkenntniß Fristen versäumen, restituirt. Sonst findet Restitution nicht statt [1]).

---

contestation, worauf sich das verurtheilende Erkenntniß stütze, auf einem Irrthum beruhe; Schönbergers Ehefrau ca. Reimherr 1847, Beleg 15. Notizenb. Hofgerichts in D. Nr. 186 vgl. m. 166.

Die Anwendbarkeit des Privilegs auf das beneficium cedendarum actionum wurde vom Hofgericht in D. verneint in S. Wenzels Wtw. ca. Homberger E. v. 7. April 1856, ebenso vom O.A.G. in derselben Sache. Beide Collegien gingen davon aus, daß die Frauen nur in den in den Gesetzen erwähnten Fällen privilegirt seien. Beleg 16.

[1]) Das O.A.G. hat Rusticis vielfach Restitution ertheilt gegen den Ablauf des Interpositionsfatales der Appellation, insofern sie dessen Erklärung mißverstanden hatten. Seeger ca. Stockmann 1835. Spielmann ca. Meier, 1844. Daum ca. Dilger 1844. Becker ca. Wolf, 1846. Außerdem hat dasselbe angenommen, daß der rechtsunkundigen Parthie die Versäumniß der Restitutionsbittfrist nicht schade, wenn ihr dieselbe von ihrem Anwalte bei der Benachrichtigung seines Versesehens nicht explicirt wurde. Bickes ca. Silbereisen, 1844. Stolberg ca. Niederseemen, 1844. Beleg 18. Im Uebrigen findet sich vielfach der Satz ausgesprochen, daß Rustici dann Anspruch auf Restitution nicht haben, wenn sie der Sachlage nach sich aufgefordert fühlen mußten, Rechtsbelehrung nachzusuchen und solche auch zu erlangen in der Lage waren. Vgl. Rel. O.A.Gs. in S. Harperts-

§. 27.

3. Soldaten.

Diese waren allerdings früher in einzelnen Fällen privilegirt, diese Privilegien sind aber jetzt nicht mehr als praktisch anzusehen. Savigny l. cit. Bd. III, S. 437.

§. 28.

Zu II. Umfang der Wirkung des Irrthums.

1. Römisches Recht.

Während das römische Civilrecht im Allgemeinen eine Restitution wegen Irrthums nicht kannte, finden sich zahlreiche Stellen, welche eine sehr ausgedehnte Wirkung des Irrthums als Restitutionsgrund im Prozeß beurkunden [1]). Alle darin erörterten Restitutionsfälle sind aber für das heutige Prozeßrecht wesentlich unpraktisch bis auf die noch heutzutage giltige und zugleich sehr wichtige Restitution gegen ein gerichtliches Geständniß. Diese Restitution ist hier näher zu betrachten.

---

hausen ca. Funk, 1849. Beleg 10. Rel. Hofgs. in Gießen in S. Döms Erben ca. Kallenbach z. E. v. 24. März 1860.

[1]) Restitution gegen die durch Litiscontestation bewirkte Consumtion der Klage (§. 6, Nr. 2) ist ertheilt laut l. 18. D. 11. 1 (Einer von mehreren Miterben hatte sich fälschlich als alleinigen Erben ausgegeben und war daher allein, aber wegen Insolvenz vergeblich, ausgeklagt worden; dem Kläger wurde Restitution gegen die übrigen Miterben ertheilt;) und l. 1. §. 6, l. 2—6. D. 27. 6 (War ein Pupill ausgeklagt worden und ein falsus tutor hatte auctoritatem interponirt, so wurde der Kläger, der die Eigenschaft des tutors als falsus nicht gekannt hatte, gegen den Verlust der Klage restituirt). Restitutionsertheilung gegen den durch eine plus petitio bewirkten Verlust des ganzen Klagrechts (§. 6, Nr. 3) ist für den Fall eines entschuldbaren Irrthums dem Kläger zugesagt in l. 33. pr. 4. 6. Nach l. 8. §. 2. D. 2. 8 wurde derjenige, welcher einen Sclaven, im Glauben er sei ein freier Mann, als Bürgen angenommen hatte (§. 6, Nr. 4) gegen diese Annahme restituirt. Endlich wurde gegen ein vor dem Prätor abgelegtes irrig. Geständniß (§. 6, Nr. 5) restituirt laut l. 2. D. 42. 2 und l. 11. §. 8, 10, 11. D. 11. 1.

Digitized by Google

Dabei fragt es sich:

a) welches sind die materiellen Voraussetzungen der Restitution gegen ein gerichtliches Geständniß?

b) bis zu welchem Prozeßstadium kann diese Restitution erbeten werden?

Die erste Frage ist wesentlich aus dem früher erörterten Theil über die Qualification des Irrthums zu beantworten, indem nur ein wahrer Irrthum der dort erörterten Art [2]) zur Zurücknahme

---

[2]) Gerade auch die subjective Seite des Irrthums muß bewiesen werden. So sehr dieser Satz in der Natur der Sache liegt, so bestimmt er in den Gesetzen anerkannt ist, so ist er doch nicht unbestritten, indem manche Rechtslehrer es zum Widerruf eines Geständnisses für genügend erachten, daß die objective Unwahrheit des Zugestandenen nachgewiesen werde. Ich halte diese Ansicht durch die einleuchtenden Ausführungen Savigny's für so vollständig widerlegt, daß ich hier nur noch wenige Worte beifüge.

Das Geständniß einer Parthie kann unter Umständen seinen Grund haben:

a) darin, daß die Parthie das Zugestandene wider besseres Wissen für wahr erklärt hat, sei dieß nun, daß sie so doloser Weise ihren Prozeß besser zu führen gedachte, oder daß sie (zum Abschneiden von Weiterungen) dem Gegner eine absichtliche Concession machte;

b) in einer Leichtfertigkeit, indem die Parthie das von dem Gegner Vorgetragene bezweifelte, nichts desto weniger aber dasselbe einräumte;

c) in einem Zwange, der aber rechtlich keine Beachtung beanspruchen konnte;

d) in einem Irrthum, der aber auf einer groben Fahrlässigkeit beruhte.

Daß in Fällen solcher Art nach allgemeinen Grundsätzen und ausdrücklichen Gesetzesstellen Restitution resp. Schutz der Parthie nicht gewährt werden könne, ist nicht zweifelhaft. Sobald man nun aber den Widerruf des Geständnisses lediglich von dem Beweise der Unwahrheit des Zugeständnisses abhängig macht, wird eben dadurch der Parthie die Möglichkeit gegeben, unter dem Prätext eines irrigen Geständnisses auch ein wissentlich falsches ꝛc. Geständniß zu widerrufen, was denn doch schlechthin verwerflich ist. Von einer Vermuthung, welche für einen vorliegenden Irrthum und gar einen entschuldbaren, spräche, kann gar nicht die Rede sein, weder

Digitized by Google

eines gerichtlichen Geständnisses berechtigt, und es sind hier nur die Requisite eines solchen Irrthums, unter gleichzeitiger Berücksichtigung des Requisits der Läsion, nochmals in einer kurzen Uebersicht zur Anschauung zu bringen. Jene Restitution erfordert nämlich:

1) daß etwas Thatsächliches (sei es eigentliche Thatsache oder ein auf Thatsachen zurückführbares Rechtsverhältniß) vorgetragen worden sei,
2) daß es erheblich sei (bei erlassenem Urtheil dieses motivirt habe), §. 12 I, a, bb.
3) daß es objectiv unwahr sei, §. 12. I, a, aa. (aus welchen beiden letzteren Requisiten sich die Läsion construirt),
4) daß Implorant zur Zeit, wo er das Vorbringen in die Acten niederlegte, den wahren Sachverhalt nicht gekannt, vielmehr an die Wahrheit des Vorgetragenen geglaubt habe (woraus sich der Irrthum ergibt) [3]);

---

nach den Gesetzen, noch nach der Natur der Sache, da die oben angeführten vier Möglichkeiten gewiß nicht minder innere Wahrscheinlichkeit für sich haben, als ein entschuldbarer Irrthum. Ohnehin ist es eine durch das Recht durchlaufende Regel, daß derjenige, welcher einen Rechtsbehelf beansprucht, die inneren Voraussetzungen der Zulässigkeit dieses Behelfs klar stellen muß und es nicht Sache des Gegners sein kann, die Unzulässigkeit desselben darzuthun.

Wollte man indessen auch die angegriffene Ansicht im Allgemeinen gelten lassen, so müßte unter allen Umständen dem Gegner des Widerrufenden Gegenbeweis in den oben aufgeführten Richtungen statuirt werden, weil es, wie früher bemerkt, den obersten Rechtsprincipien und bestimmten Gesetzen widerspricht, den Widerruf z. B. im Falle eines wissentlich falschen Geständnisses zu gestatten.

[3]) Es genügt nicht, wenn der Widerrufende seinen Antrag dadurch begründet, daß er dem alten Geständniß den wahren Sachverhalt gegenüberstellt und nur behauptet, er habe diesen Sachverhalt früher nicht gekannt (mithin eine reine Bewußtlosigkeit [ignorantia] bezüglich des wahren Sachverhalts ponirt), denn wenn auch beim eigentlichen error das Nichtkennen des wahren Sachverhalts das juristisch Relevante ist, so wird doch das Zugestehen eines dem wahren Sachverhalt widerstreitenden Umstands nur dadurch entschuldbar, daß der Geste-

Digitized by Google

5) daß den Imploranten weder bezüglich der Nichtkenntniß der wahren Sachverhältniß, noch bezüglich der Einräumung des Vorgetragenen, eine culpa treffe. §. 23 Note 2 u. 24.

Bezüglich der zweiten Frage bestimmt das römische Recht, daß vor rechtskräftig durch Endurtheil abgeurtheilter Sache die Zurücknahme des Zugestandenen zulässig sein solle, daß sie aber nachher (negotio finito, causa decisa) unstatthaft sei.

c. 7 C. 1, 18 (de jur. et fact. ignor.)

2. Canonisches Recht.

Das canonische Recht hat an den Bestimmungen des überkommenen römischen Rechts Nichts geändert, vielmehr hat es einzelne Sätze dieses Rechts ausdrücklich bestätigt, so namentlich den Satz, daß der error facti (hier gleichbedeutend mit entschuldbarem Irrthum) der Parthie so lange nicht schaden solle, als nicht causa decisa sei.

c. 2 VI, 1, 21.

3. Reichsrecht.

Erhebliche Aenderungen wurden dagegen durch das Reichsrecht eingeführt. Dieses Recht bildete bekanntlich die Zwischenbescheide aus. Man hätte erwarten sollen, daß das Reichsrecht die Grundsätze bezüglich der causa decisa schon auf frühere Erkenntnisse, als

---

hende da was objectiv unwahr Vorgetragene gegläubt hat, denn hat er nicht daran geglaubt, so liegt entweder

a) der Fall vor, daß er das Zugestandene gerade für unwahr hielt, oder

b) daß er an der Wahrheit zweifelte.

Im ersten Fall verdient der Gestehende selbstverständlich keinen Schutz, aber auch im zweiten muß ihm ein solcher versagt werden, weil es im Falle des Zweifelns Sache der Parthie ist, sich entweder zu vergewissern d. h. sich einen bestimmten Glauben zu verschaffen, oder, im Fall dieses nicht möglich ist, die vom Gegner aufgestellte Behauptung vorsorglich zu verabreden resp. die von ihr intendirte selbstständige Anführung zu unterlassen. Vgl. Hoffmann Arch. f. pr. R.W. I. Heft 1. S. 129 und Beleg 2.

Digitized by Google

des Endurtheil, überlegen das so die Restitution wegen irriger Geständnisse nach eingetretener Rechtskraft ausgeschlossen hätte, allein dem war nicht so, denn nicht nur, daß dieses Recht die Restitution forthin bis zum Endurtheil zuließ, so enthält es sogar Bestimmungen, welchen zu Folge heut zu Tage der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses auch nach dem Endurtheil als zulässig erachtet werden muß.

Bekanntlich verordnete der Gemeine Bescheid des R. K. G. v. 1669, daß die Parthei auch gegen ergangene Urtheile — ohne Unterschied ob End- oder Zwischenurtheil — dann restituirt werden solle, wenn sie von dem neuen Vorbringen entweder früher keine Kenntniß gehabt, oder, im Fall der Kenntniß, doch dasselbe einzubringen nicht für dienlich erachtet habe. Allerdings spricht nun zwar jener Bescheid einzig und allein von dem Falle, wo die Parthie wegen seines Nichtwissens einer Thatsache oder der Existenz eines Beweismittels das Vorbringen der Thatsache oder des Beweismittels vor dem Urtheil versäumt hatte, mithin nur von Unterlassungen wegen ignorantia und falscher Beurtheilung der Thatsache oder des Beweismittels, nicht von der Abänderung eines früher in die Acten niedergelegten positiven Vorbringens (Zurücknahme eines Geständnisses auf Grund eines eigentlichen Irrthums).

Vgl. Hoffmann im Arch. f. pr. R.W. Bd. I Heft 1 S. 123 ꝛc.

allein nachdem der fragliche Bescheid überhaupt einmal den Grundsatz zur Geltung gebracht hatte, daß die Unbekanntschaft mit gewissen Thatsachen und resp. Beweismitteln ein erheblicher Grund zur Restitution selbst gegen erlassnes Enderkenntniß sein solle, war es ein natürliches Gebot der Analogie, daß man sich bei Ertheilung der Restitution nicht auf den im Gesetz ausdrücklich aufgeführten Fall, wo die Unbekanntschaft mit dem wahren Sachverhalt Unterlassungen zur Folge gehabt hatte, beschränkte, sondern daß man auch dann Restitution ertheilte, wenn eine Parthie im Glauben an die Wahrheit eines Vorbringens dieses Letztere in die Acten niedergelegt hatte, nach Erlaß des Urtheils aber die Irrigkeit desselben resp. den wahren Sachverhalt erfuhr. Es war dies um so gerechtfertigter, als es in vielen Fällen, wo eine Parthie nach erlassenem Enderkenntniß Kenntniß von früher ihr unbekannten Thatumständen

erhält, nur von Zufälligkeiten abhängt, ob die Erkennung des wahren Sachverhalts lediglich die Zurücknahme resp. Abänderung eines früheren Vorbringens, oder lediglich die Nachholung einer versäumten Handlung, oder endlich sowohl das eine wie das Andere, im Gefolge haben wird [4]).

---

[4]) Das Hessische Recht harmonirt wesentlich mit dem gemeinen Recht, da die Verordnung von 1806 bezüglich der ignorantia lediglich die Bestimmungen des gemeinen Rechts adoptirt hat. §. 44, Note 11. Namentlich ist es in der Rechtsprechung des O.A.Gs. und Hofgerichts in D. anerkannt, daß auf Grund eines factischen Irrthums auch nach ergangenem rechtskräftigem Erkenntnisse Restitution gegen Geständnisse erlangt werden kann. In S. des Kaufmanns Lammert in Bensheim ca. Katzenmeiers Wittwe, verehel. Minck, Unterpfandrecht betr., hat das O.A.G. entschieden, daß die Restitution ob novitor reperta nach erlassenem Erkenntniß nicht bloß bei solchen novis zulässig sei, welche eine neue Einrede enthalten, sondern auch, wenn mittels derselben die Litiscontestation geändert d. h. ein Geständniß zurückgenommen werden solle, und das Hofgericht in D. hat sogar diesen Grundsatz zum förmlichen Präjudiz erhoben, Nr. 80. Allerdings spricht die Entscheidung des O.A.Gs., ebenso wie das Hofgerichtspräjudiz, nur von dem speciellen Fall, wo die Litiscontestation geändert wird, also:

a) von der Einräumung einer vom Gegner aufgestellten Behauptung (nicht von einer selbstständigen Anführung des Erklärenden), und

b) von einem Geständniß in der Exceptionsschrift (nicht von allen Schriften);

allein es liegt kein Grund vor, eine selbstständige Anführung anders zu behandeln, als die Einräumung einer vom Gegner aufgestellten Behauptung, und was von der Exceptionsschrift gilt, darf unbedenklich auf alle Prozeßschriften angewendet werden.

Ueber die Zurücknahme von Geständnissen vgl. ferner die Rel. O.A.Gs. in S. Breidenbach Erben ca. Kugler Erben, 1841, Beleg 21, und Weber ca. Plitt, 1848, Beleg 20. In letzterer Sache wurde erkannt: daß unter der Voraussetzung der Ausschwörung des gesetzlichen Restitutionseides dahin: „daß Implorant die behauptete Unrichtigkeit seines früheren Eingeständnisses: die Imploraten seien Eigenthümer des hier fraglichen Hofraums, erst nach dem Landgerichtserkenntniß in Erfahrung gebracht habe", die nachgesuchte Restitution zu ertheilen sei, und demgemäß Implorant — zu beweisen

Digitized by Google

Wenn hiernach selbst nach erlassenem Endurtheil der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses zulässig ist, so versteht es sich hierbei, gerade weil diese Erweiterung auf einer analogen Anwendung des G. B. von 1669 beruht, von selbst, nicht allein daß an der Qualification des Irrthums an sich Nichts geändert worden ist [5]), sondern auch, daß überhaupt nach erlassenem (unverträglichem) Urtheil nur ein solcher Irrthum zum Widerruf eines Geständnisses führen kann, welcher bis zu dem Urtheil [6]) oder über dasselbe hinaus angedauert hat [7]).

---

habe: „daß die Rest.-Imploraten nicht Eigenthümer des auf dem Faustriß mit ꝛc. bezeichneten Raumes seien, resp. daß ihm das Miteigenthumsrecht daran zustehe." — Interessant ist auch der Rechtsfall Emig ca. Schneider. Beleg 22. Der Beklagte hatte hier die exceptio rei non sic sed aliter gestae vorgeschützt, der Kläger hatte in der Gegenerklärung diesen Sachverhalt für richtig erklärt und darauf seine Klaganſprüche fundirt (Antistrephusa). Nachmals wollte der Beklagte sein Vorbringen in der Erklärung auf Grund eines neu aufgefundnen Testaments ändern. Er wurde mit seinem Gesuche vom O.A.G. abgewiesen. Im concreten Falle gewiß mit Recht, da der Irrthum nicht entschuldbar war, in abstracto muß aber eine solche Aenderung eines factischen Vorbringens auf Grund eines entschuldbaren Irrthums für zulässig erachtet werden.

[5]) Daß der Irrthum im Allgemeinen ein factischer sein müsse, ergibt sich schon aus den allgemeinen Requisiten der Zurücknahme eines Geständnisses, noch mehr aber aus dem Gem. Bescheid v. 1669, da dort nur der ignorantia facti die Kraft contra rem judicatam zu wirken, verliehen ist. Daß er aber auch außerdem ein entschuldbarer sein müsse, kann schon deßhalb nicht bezweifelt werden, weil die Entschuldbarkeit schon bei der Zurücknahme eines Geständnisses vor erlassenem Urtheil erfordert ist, die Zurücknahme nach rechtskräftigem Erkenntniß aber unmöglich an glimpflichere Voraussetzungen geknüpft sein kann.

[6]) Richtig anerkannt von den Referenten des O.A.Gs. in S. Kugler ca. Breidenbach 1841 (Beleg 21) und in S. Weber ca. Plitt 1848 (Beleg 20), dagegen bezüglich eines entschuldbaren Rechtsirrthums außer Acht gelassen vom Referenten in S. Schönbergers Ehefr. ca. Reimherr. 1847 (Beleg 15). Vgl. §. 21.

[7]) Maßgebend ist hierbei immer das letzte unverträgliche Urtheil (resp. sonstige präcludirende Moment). Wird also z. B. nach Erlaß des über den Beweis des Klaggrunds erkennenden Definitiverkenntnisses Re-

Digitized by Google

§. 29.

3. Betrug.

Jeder Betrug involvirt einen (qualificirten) Irrthum des Betrogenen. Ist daher der Irrthum des Betrogenen von der Art, daß er schon als Irrthum (d. h. ohne Rücksicht auf die eigenthümliche Art der Entstehung) Berücksichtigung finden kann, so versteht es sich von selbst, daß durch das Hinzutreten des Betrugs die desfallsige Restitution nicht in engere Gränzen eingeschlossen werden darf. Deßhalb kann es sich denn auch hier nur noch fragen, ob der concurrirende dolus des Betrügenden nicht eine weitergehende Restitution rechtfertige.

Geht der dolus von dem Prozeßgegner aus, so führen hier schon die allgemeinen Grundsätze über den dolus, wonach der Betrüger keinen Vortheil aus dem Betrug ziehen soll, zur unbedingten Zulassung der Restitution, und von einer Verweisung auf die actio doli kann deßhalb nicht die Rede sein, weil diese Klage als infamirende Klage nur subsidiärer Natur ist, jedenfalls auch nach dem heutigen Prozeßverfahren den Verletzten nur auf einem langen Umweg zum Ziel führte. §. 19. Ohnehin ist aber die Restitution durch ausdrückliche Gesetze statuirt. l. 7 §. 1 D. de in int. rest. (4. 1).

Aber auch wenn der Betrüger eine vom Gegner verschiedene Person ist, muß die Restitution ertheilt werden. Daß mindestens schließlich der Betrogene nicht in Schaden bleiben dürfe, ist in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt [1]), und nur daran könnte gezweifelt werden, ob der Betrogene sich nicht zunächst an den Betrüger

---

stitution gegen ein Geständniß im ersten Verfahren erbeten, so ist dieses letzte Urtheil, nicht das Beweisinterlokut, maßgebend. — Es kann vorkommen, daß Implorant den Irrthum schon vor dem Erkenntniß eingesehen hat, aber aus irgend einem Grund (Krankheit, Kürze der Zeit zwischen dem Erfahren und der Insinuation des Urtheils) nicht mehr einbringen konnte. Hier wäre der Widerruf an sich ausgeschlossen, er wird aber zulässig, wenn Implorant den error und das Hinderniß cumulativ vorträgt und bescheinigt. §. 54.

[1]) l. 3 §. 1 D. 2. 10.

Digitized by Google

halten müsse und erst dann zur Restitution greifen dürfe, wenn der Betrüger ausgeklagt und insolvent gewesen sei.

Man könnte auf Grund der eben allegirten Stelle geneigt sein, sich für das Letztere überhaupt oder wenigstens in dem Falle zu entscheiden, wo der Betrogene durch die gegen den Betrüger anzustellende Klage genau das erreichen kann, was er durch die Restitution erstrebt (was selten der Fall sein wird). In der That muß aber die Anwendbarkeit dieser Stelle auf irrthümliches positives Vorbringen, welches durch Betrug veranlaßt worden ist, völlig geläugnet und vielmehr, nach Analogie des heutigen Standes der Restitution wegen Irrthums, Restitution auch ohne Klage gegen den Betrüger und selbst gegen rechtskräftiges Endurtheil ertheilt werden [2]). Hiermit stehen denn auch die l. 1 C. si ex fals. instrum. v. testim. judicat. (7. 58) u. l. 2 ff. C. eodem im Einklang, wonach bestimmt ist, daß eine Parthie, welche im Prozesse durch bestochene Zeugen oder verfälschte Urkunden benachtheiligt worden, gegen ein rechtskräftiges Urtheil zu restituiren sei und zwar ohne Unterschied, ob die Bestechung oder Fälschung durch den Gegner oder einen Dritten verübt worden sei [3]).

Der letztere Fall, wo nämlich ein Urtheil auf falsche Beweismittel (namentlich gefälschte Urkunden oder die Aussagen bestochener Zeugen) gegründet ist, bedarf übrigens noch einer ganz besonderen Betrachtung.

Das römische und canonische Recht enthalten zahlreiche Stellen:

---

[2]) Die fragliche Stelle lautet: Plane si is, qui dolo fecerit, quo minus in judicio sistatur, solvendo non fuerit, aequum est, adversus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur.

Sie handelt also von dem Falle, wo Jemand durch den dolus eines Dritten gehindert worden war, sich in judicio zu sistiren und in Folge hiervon verurtheilt war, also von dem Falle einer Unterlassung. Aber auch für Nachtheile durch Unterlassungen ist die obige Stelle mindestens nach dem heutigen Stand der Restitution auf Grund der generalis clausula unanwendbar.

[3]) Eine andere lex (33 D. de re jud. 42, 1) erwähnt nur den dolus des Gegners.

Digitized by Google

l. 33 D. 42, 1 (de re jud.); c. 1. 2. 3. 4. C. 7, 58 (si ex falsis); Sent. receptae des Paulus 5. 5. 10.;

c. 9 X. de test.; c. 9 X. de probat.; c. 6 X. de except., welche sich in dem Gedanken concentriren, daß in jenem Falle — vorausgesetzt nur, daß das betreffende Urtheil auf die irrthümlich als tüchtig unterstellten Beweismittel wirklich basirt, dadurch motivirt worden ist — der Parthie Schutz zu Theil werden müsse. Von welcher Art aber dieser Schutz sei, ist bestritten.

Bevor auf die Bestimmungen der positiven Gesetze eingegangen wird, erscheint es zweckmäßig, die hier in Frage kommenden Möglichkeiten lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zu betrachten und sodann erst die positiven Gesetze den gewonnenen Resultaten an die Seite zu stellen.

Es ist möglich:

I. daß die Falschheit der Beweismittel schon vor dem Erkenntnisse aus den bis dahin gepflogenen Verhandlungen entnommen werden konnte, sei dieß nun deßhalb, weil die Falschheit auch ohne besondere Ausführung des Gegners aus dem Beweismittel selbst erhellte, sei es, daß der Lädirte die Falschheit mittelst einer besonderen Beweiseinrede und des darauf gefolgten Verfahrens zur Geltung gebracht hatte. Denkt man sich hier den Fall

a) daß der Richter die Falschheit in gehöriger Weise beim Urtheil berücksichtigt hat, so fehlt es hier selbstverständlich an jeder Voraussetzung irgend eines Rechtsmittels. Dagegen ist

b) eine Verletzung allerdings dann vorhanden, wenn die aus den Acten erhellende Falschheit nicht oder nicht gehörig berücksichtigt worden ist.

Diese Verletzung ist aber recht eigentlich eine solche durch den Richter und es kann daher wohl ein ordentliches Rechtsmittel, nicht aber Restitution desfalls stattfinden. §. 7.

Es ist sodann aber

II. möglich, daß die Falschheit der Beweismittel aus den Acten nicht entnommen werden konnte. Hier kann von einem Verschulden des Richters in keiner Weise die Rede sein, die er-

Digitized by Google

lassene Entscheidung trägt keine Beschwerde in sich selbst und deßhalb kann ein ordentliches Rechtsmittel nicht, sondern nur Restitution, um die gefälschten Beweismittel nachträglich anzugreifen, platzgreiflich sein. Als Restitutionsgrund würde hier die unredliche Handlungsweise (der dolus), welcher die Urkunde u. s. w. ihre Entstehung oder Fälschung verdankt, erscheinen, und zwar gleichgiltig, ob die Fälschung oder Bestechung durch den Prozeßgegner oder einen Dritten verübt worden ist, weil es auch im letzteren Falle gegen das höhere Princip der Gerechtigkeit verstoßen würde, den Prozeßgegner aus einer solchen Fälschung Nutzen ziehen zu lassen, und ebenso gleichgiltig, ob die betrogene Parthie eine versäumte Handlung nachbringen oder ein etwaiges positives Anerkenntniß (der Aechtheit z. B.) zurückzunehmen beabsichtigt. Von selbst würde es sich aber hierbei verstehen, daß auch bei dieser Restitution dem Lädirten dann keine Hilfe zu gewähren wäre, wenn er die durch das Urtheil zugefügte Läsion dadurch verschuldet hätte, daß die Einrede der Fälschung resp. Bestechung schuldvoller Weise einzubringen versäumt worden wäre.

Sehen wir nunmehr auf die Bestimmungen der gerade hier einschlagenden Gesetzesstellen, so handelt keine einzige von dem Falle, wo die Falschheit der Urkunde ꝛc. vor dem Urtheil erkennbar war, aber trotzdem vom Richter nicht berücksichtigt worden ist [4]). Daraus folgt denn, daß insoweit lediglich die früher erörterten Resultate allgemeiner Principien, wonach, unter völligem Ausschluß der Restitution, nur ordentliche Rechtsmittel zulässig erschienen [5]), Anwendung

[4]) c. 6 X. 2. 25 handelt von dem Fall, wo die Falschheit der Urkunde schon vor dem Erkenntniß relevirt, eben deßhalb die Urkunde als beweisuntüchtig verworfen worden war. Sie entscheidet also hierher Nichts.

[5]) Nach gemeinem Recht ist eine Nullität des Erkenntnisses anzunehmen. Vgl. Gensler im Arch. f. civ. Pr. Bd. IV S. 119, Note 29. Bickell l. c. S. 128 Note 14. Die Hess. Haupt-Justiz-VO. v. 17. März 1797 erklärte das Urtheil für unheilbar nichtig. Die VO. vom 8. März 1815, welche nur eine und zwar an das decendium geknüpfte Art der Nichtigkeitsbeschwerde kennt, hat jenen Grund ganz gestrichen und es ist also in Hessen nur noch Appellation zulässig.

Digitized by Google

zu leiden haben, und in die Lehre der Restitution einzig und allein der Fall einschlägt, wo die Bestechung der Zeugen, die Fälschung der Urkunde in den vorderen Verhandlungen nicht zur Sprache gekommen ist. Daß nun aber in einem solchen Falle Restitution sogar gegen rechtskräftiges Enderkenntniß im Allgemeinen zulässig war, dafür liefern l. 33 D. 42. 1; c. 1 C. 7. 58; c. 2 ibidem den klaren Beweis, und es fragt sich daher nur noch, welche Grundsätze über diese Restitution im Einzelnen gelten?

Die Gesetze unterscheiden nicht, ob die Bestechung der Zeugen, die Fälschung der Urkunden durch den Prozeßgegner oder einen Dritten verübt worden, sie machen auch keinen Unterschied, ob die betrogene Parthei bei dieser Restitution Unterlassungen zu heilen, oder positives Vorbringen zu berichtigen beabsichtigt, und es ist daher in allen diesen Fällen gleichmäßig die Restitution zu ertheilen.

Die römischen und canonischen Gesetze enthalten keine Stelle, welche gerade in Beziehung auf die concrete Restitution eine Anwendung des Satzes bildete, daß die Restitution dann nicht gewährt werden solle, wenn der Lädirte die Läsion (hier durch das Urtheil) hätte vermeiden können. Daraus folgt aber selbstverständlich nicht, daß dieser Satz hier keine Geltung habe, vielmehr ist er dergestalt zur Anwendung zu bringen, daß die Restitution nur dann zu ertheilen ist, wenn Implorant genügende Causalien dafür vorträgt, daß er das betreffende neue Material vor dem Urtheil nicht habe einbringen können[6]) (z. B. weil er den Betrug erst nach dem Urtheil erfahren habe)[7]).

Ueber den Meineid des Gegners als Restitutionsgrund vgl. §. 55.

---

[6]) Daß ein Restitutionsgesuch nicht durch die nackte Behauptung begründet werden könne, die Urkunden seien gefälscht, die Zeugen bestochen, versteht sich mindestens nach dem heutigen Prozeß, wo bestimmte Fristen zur Anfechtung des gegnerischen Beweises präfigirt werden, von selbst. Es bedarf hier der Restitution gegen den Ablauf der betr. Frist und außerdem gegen das Urtheil. §. 9. 21.

[7]) Nach den römisch- resp. canonisch-rechtlichen Grundsätzen über die Restitution gegen rechtskräftiges Urtheil war die oben besprochene Restitution wegen falscher Beweismittel von wesentlicher Bedeutung.

Digitized by Google

§. 30.

4. Versehen der Vertreter.

Bei der Frage, inwiefern eine Restitution auf das Versehen (oder den Irrthum) eines Vertreters [1]) gegründet werden kann, ist es dienlich, sich zunächst die verschiedenen Arten der Vertretung zu vergegenwärtigen, um daran die Beantwortung jener Frage erschöpfend anknüpfen zu können. Die Gesetze kennen eine nothwendige und eine freiwillige Vertretung. Die erstere findet statt

I. bei denjenigen physischen Personen, welchen die Handlungsfähigkeit fehlt oder entzogen ist, nämlich:
   1) bei Minderjährigen,
   2) bei Abwesenden, Wahnsinnigen und Verschwendern;

II. bei den juristischen Personen, nämlich:
   1) dem Staat,
   2) den Gemeinden,
   3) den sonstigen politischen oder weltlichen Corporationen,
   4) der Kirche und den kirchlichen Corporationen,
   5) den pia corpora.

Ferner sind hier

III. diejenigen Personen aufzuführen, deren Vermögen kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift von einer bestimmten Person verwaltet wird, nämlich:
   1) der Haussohn,
   2) die Ehefrau bezüglich des von ihr eingebrachten, vom Manne verwalteten Vermögens.

Nach jenen Grundsätzen gab die Nichtkenntniß eines thatsächlichen Materials gegen rechtskräftiges Endurtheil keinen Restitutionsgrund ab und die Nichtkenntniß der Einrede der Verfälschung der Urkunde an sich würde daher nicht zur Restitution geführt haben, wenn nicht die Gesetze gerade mit Rücksicht auf die Qualität der fraglichen Einrede als einer exceptio doli nach Obigem eine Ausnahme statuirt hätten. Heutzutage, wo schon wegen Nichtkenntniß einer Einrede allein restituirt wird, hat die obige Restitution sehr an Bedeutung verloren.

[1]) „Versehen" ist hier im weitesten Sinne, also so zu nehmen, daß jede Verletzung hierher gehört, welche in der Person des Vertreters ihren selbstständigen Entstehungsgrund hat.

Digitized by Google

Bei der freiwilligen Vertretung kann man unterscheiden:
1) die Vertretung durch einen öffentlichen Anwalt,
2) diejenige durch einen sonstigen Dritten (Privatmandatar).

Die nachfolgende Behandlung hat zu zeigen, bei welchem dieser Arten und in wieweit Restitution insbesondere bezüglich positiver Handlungen stattfinde.

I. Nothwendige Vertretung.

a. Minor aetas und deren Ausdehnungen.

aa. Minor aetas.

§. 31.

α) Allgemeines.

Während nach römischem Recht impuberes handlungsunfähig waren und sonach nur durch ihre Tutoren sich obligiren und resp. prozessiren konnten, waren Minderjährige, welche die Jahre der Mündigkeit erreicht hatten, im Allgemeinen fähig über ihr Vermögen zu disponiren und folglich auch regelmäßig zur selbstständigen Prozeßführung befugt. Dieser letztere Rechtssatz führte mannigfache Inconvenienzen mit sich; denn bei der jugendlichen Unerfahrenheit eines solchen minor mußten Benachtheiligungen desselben im Verkehr und im Prozeß, sei es durch die eigne Nachlässigkeit des minor, sei es durch Uebervortheilung durch den Gegner, vielfach hervortreten. Es war daher durch die aequitas geboten, in Fällen jener Art, den minor gegen die ihm widerfahrenen Nachtheile zu schützen und dies geschah durch Ertheilung der Restitution gegen verletzende Rechtsgeschäfte, gegen die Verjährung und Prozeßnachtheile. Dieses war die erste Art der Restitution, welche ob minorem aetatem ertheilt wurde. Dabei blieb indessen das römische Recht nicht stehen. Nachdem man nämlich durch jene Restitution den minor einem sorg-

Digitized by Google

samen major gleichgestellt, führte die doppelte Erwägung, daß einestheils ein durch einen Tutor vertretener impubes oder ein durch einen Curator verbeistandeter mündiger minor, nicht schlechter gestellt werden dürfe, als der selbsthandelnde minor, und daß also Versehen der Tutoren und Curatoren den von ihnen vertretenen minores nicht zum Nachtheil gereichen dürften, anderntheils ein minor vermöge seines Alters nicht in der Lage sei, seinen Tutor resp. Curator selbst zu wählen und zu controliren, dazu, daß man zunächst auch den impubes, welcher durch einen Tutor vertreten war, und schließlich auch den minor, welcher durch einen Curator gehandelt hatte, der Restitution theilhaftig werden ließ. Damit wurde nun aber der ursprüngliche Gesichtspunkt der Restitution der minores nicht unwesentlich verrückt, denn während die ursprüngliche Restitution den minor gegen das eigne Versehen schützte, stellte sich die Erweiterung jener Restitution als ein Schutz gegen die Versehen der Tutoren und Curatoren dar, während ferner bei der ursprünglichen Restitutio minorum der Causalzusammenhang zwischen laesio und minor aetas nicht schwer erkannt werden konnte, war bei deren Erweiterung die Herstellung des Causalzusammenhangs nur durch den Gedanken möglich:

> „Hätte der minor als — präsumtiv sorgsamer — major selbst gehandelt, so würde ihn der durch seinen Vertreter veranlaßte Nachtheil nicht getroffen haben."

In Deutschland ist der Unterschied zwischen Tutel und Curatel nie heimisch geworden. Hier hat die Reichs-Polizei-Ordnung von 1548 Tit. 31 §. 1 durch Aufhebung jenes Unterschiedes und Anordnung einer fortdauernden Vormundschaft bis zur erreichten Volljährigkeit den Satz zur Geltung gebracht, daß die Vertretung des minor bis zur erlangten Volljährigkeit eine nothwendige ist und die im römischen Recht beim impubes angenommene Handlungsunfähigkeit bis zur erlangten Volljährigkeit fortdauert — ein Grundsatz, welcher zwar nach gemeinem Recht, insbesondere von den Romanisten bestritten, in der Praxis aber als feststehend anzunehmen ist. Durch diesen Satz ist denn der ursprünglich der rest. min. zu Grund gelegene Gesichtspunkt gänzlich verwischt und nur noch der der Erweiterung derselben unterliegende übrig geblieben. Wir

Digitized by Google

können daher jetzt den Charakter der rest. minorum dahin fixiren, daß minores gegen Verletzungen jeder Art, welche sie durch ihre Vormünder erleiden, geschützt werden sollen, und aus diesem Grunde ist ihr die gegenwärtige Stellung im System angewiesen [1]). Eines besonderen Nachweises des Causalzusammenhangs zwischen der Läsion und der jugendlichen Unerfahrenheit des Minor bedarf es unter solchen Umständen nicht, es genügt, wenn dargethan ist, daß der Nachtheil durch den Vormund veranlaßt ist resp. hätte vermieden werden können. Ausgeschlossen ist dagegen die Restitution in allen Fällen, wo die Verletzung schlechthin mit der minor aetas resp. den Versehen des Vormunds nicht in Zusammenhang gebracht werden kann.

Daher sind minores gegen Urtheile, bei welchen die Läsion lediglich in einer iniquitas sententiae besteht, nicht zu restituiren [2]). Ebenso haben sie wegen Versehen der öffentlichen An-

---

[1]) Von der ursprünglichen Restitution ob minorem aetatem d. h. Rest. gegen die eigenen Versehen des Minor kann nicht mehr die Rede sein. Minores sollen zur Prozeßführung gar nicht zugelassen werden, weil ihnen die legitima persona standi in judicio fehlt, es sollen vielmehr ihre Vormünder für sie handeln. Sollte trotzdem ein Minor aus Versehen zugelassen worden sein, so kann bei Versäumungen der Rechtsnachtheil gar nicht gegen ihn verhängt werden, geschieht dies dennoch, so ist das Decret resp. Urtheil nichtig, eine Nichtigkeit, die auch durch den Ablauf des Decendiums nicht sanirt werden kann, sofern die Insinuation oder Publication an den minor geschah, weil dann auch die letztere Handlung null ist. Nur dann, wenn das Urtheil dem Vormund insinuirt resp. publicirt worden ist, wird die Nullität nach Hessischem Rechte durch Ablauf des Decendiums geheilt, wobei es sich übrigens von selbst versteht, daß der Vormund auch gegen diesen Ablauf sich wieder restituiren lassen kann. — Bei positiven Handlungen des minor ist es ebenso, auch sie sind null.

Heffter l. c. S. 116. Gerber deutsch. Priv. Recht §. 244.

[2]) Dieser Satz ist bestritten.

Für zulässig erklären die Restitution in jenem Fall z. B. Schmid Handbuch Bd. III. 1. c.

Bickell l. c. S. 126, welcher referirt, daß seine Ansicht durch die Rechtsprechung des O.A.Gs. in Cassel approbirt sei,

Morstadt Civilproceß-Schlüssel §. 424.

Digitized by Google

wäre keine weitergehende Restitution anzusprechen, als die großjährige Parthie [3]). Vgl. §. 21.

Für unzulässig
v. Savigny System Bd. VII S. 128 Note t.
Heffter l. c. S. 494 Note 9.
„Gegen das, was nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge und im Willen des Gesetzes geschieht, findet keine Rest. statt,"
l. cit. S. 505 Note 49.
„nicht wenn sich der Minor durch das Urtheil des Richters allein beschwert findet."
Gönner Handb. Bd. III. S. 502 ꝛc.
Wetzell System §. 53 Note 22.

Ueber diese Streitfrage ist zu bemerken:

I. Die Restitution ist zu versagen und zwar

1) aus Rücksicht des obigen allgemeinen Grundsatzes. Die iniquitas einer Sentenz ist stets Schuld des Richters, mit der minor aetas resp. der nothwendigen Vertretung des minor hat sie nichts zu schaffen, sie hätte den minor getroffen, selbst wenn er der besonnenste major gewesen wäre; §. 21 Nr. 1.

2) aus Rücksicht der vorhandenen römischen Quellenzeugnisse, welche die Unzulässigkeit der Rest. ausdrücklich aussprechen. — So setzt die l. 17 D. 4. 4 den Unterschied der Appellation von der Restitution klärlich darein, daß jene den ungerechten Inhalt des Urtheils, diese das eigne Versehen des Betheiligten oder den aus dem Benehmen des Gegners entsprungenen Nachtheil geltend mache, und schließt gerade dadurch die rest. im Fall einer sententia iniqua sehr bestimmt aus. Außerdem liegen aber auch bestimmte Quellenzeugnisse vor, wonach die Rest. der minores ob iniquitatem geradezu für unzulässig erklärt wird, so sagt Zeno in c. 9 C. de J. J. R.
„Non videtur circumscriptus esse minor, qui jure sit usus communi."
Wird aber gegen einen minor eine rest. iniqua gefällt, so hat ihn ein Nachtheil getroffen, welchem jeder Rechtssuchende ausgesetzt ist; er ist nicht durch seine minor aetas, nicht durch das Versehen seiner Vertreter lädirt. — Ferner gibt auch die c. 1. C. 2. 44. (si saepius ꝛc.) Zeugniß, daß der minor mit der Restitution keineswegs dasselbe, wie ein major mit der Appellation, erlangen könne. Dort heißt es: „Derjenige, welcher gegen ein Urtheil Restitution gesucht habe, aber damit nicht durchgedrungen sei, begehre vergeblich, daß der Prozeß über die Restitution von Neuem verhandelt werde, denn er hätte appelliren sollen." Der Kaiser fügt aber

Digitized by Google

noch bei: „Aber wenn Ihr noch in dem Alter steht, welchem man zu Hilfe zu kommen pflegt, so setzen wir Euch in das Recht zu appelliren wieder ein." Dieser letztere Passus gibt aber den bestimmtesten Beleg, daß gegen eine sententia iniqua der minor nur im Wege der Appellation aufkommen könne; denn ließe sich gegen sententiae iniquae durch die rest. minor. aufkommen, so wäre nicht einzusehen, warum der Kaiser die minores auf den Weg der Appellation verweist und Rest. gegen den Ablauf des Decendiums im Voraus zusagt. — Die einzige Stelle, welche sich mit einigem Schein für die gegnerische Ansicht geltend machen läßt, ist die l. 42. D. 4. 4.

„quod enim appellatio interposita majoribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores."

weil dieselbe allerdings zu sagen scheint, die Minores könnten in allen den Fällen Restitution erlangen, in welchen Großjährigen die Appellation zustünde. Allein mit Recht ist schon von Anderen Savigny l. c. Note t (vgl. auch Wetzell l. c. Note 21.) darauf hingewiesen worden, daß dort die Appellation und Restitution nur in Ansehung ihrer Wirkung — wiederholte Prüfung und Möglichkeit der Abänderung des Urtheils — nicht aber auch in Ansehung der Art ihrer Begründung gleichgestellt sind, eine Ansicht, welche durch folgende Gründe noch besonders unterstützt wird:

a) Nimmt man an, daß die Stelle ganz allgemein, folglich auch von der Art der Begründung der beiden Rechtsbehelfe rede, so würde sie aussprechen, „was bei den majores die Appellation sei, sei bei den minores die Restitution," was doch entschieden falsch wäre;

b) der etwas ungenaue Ausspruch des Juristen ist leicht erklärlich, wenn man erwägt, daß bei der Appellation der Römer bekanntlich das benef. novorum in ausgedehntem Sinne zulässig war, ja die Appellation wohl lediglich auf nova gestützt werden konnte. In einem Falle der letzteren Art war nun aber die Appellation sogar in der Art der Begründung der Restitution, die sich immer auf neues Material stützen muß, gleich.

c) die obige Auslegung entspricht den allg. Principien über die rest. pr. min. aetatem und bringt Harmonie in die Gesetze, während bei der gegentheiligen Ansicht die oben hervorgehobenen leges in directem Widerspruch mit der zuletzt besprochenen lex stehen würden.

Digitized by Google

treter setzt übrigens selbstverständlich voraus, daß die betr. Verletzung

3) aus Gründen des Reichsrechts.

Wollte man die Rest. zulassen, so würde dies zunächst widersprechen

a) dem Grundsatz der drei Instanzen, denn dem Minor wäre in Wahrheit eine Instanz mehr, als den majores gegeben, ja consequent durchgeführt müßte dem minor in infinitum Restitution werden;

b) dem durch die Reichsgesetze aufgestellten Grundsatz, daß die Restitutionen nie auf solche Umstände, welche schon in früherer Instanz vorgekommen sind, gestützt werden, m. a. W. nie in Revisionen ausarten sollen.

Vis. Abschied vom Jahre 1553 §. 5:

„aus Ursachen, so vormals im Gerichtshandel angezogen und deducirt worden wären."

Gem. Bescheid v. 7. Juli 1669:

„auf Grund des bereits in jure et facto Vorgekommenen."

II. Will man aber auch diese Gründe nicht gelten lassen und die Rest. im Allgemeinen auch gegen sent. iniquae zulassen, so wird man doch jedenfalls verlangen müssen:

1) daß das Urtheil ein solches sei, gegen welches ein ordentliches Rechtsmittel seiner Zeit nicht zulässig war, denn war ein solches zulässig, so wird man den minor mit Recht zur Ergreifung des ordentlichen Rechtsmittels (praevia rest. contra lapsum fatalium) vorweisen;

2) daß die iniquitas sententiae klar vorliege.

Diese beiden Requisite finden ihre Rechtfertigung in l. 17 D. 4. 4., in der Natur der Rest. als eines subsidiären Rechtsbehelfs und in der Nothwendigkeit möglichster Beschränkung eines Privilegs, welches von so exorbitanter Beschaffenheit ist, wie Rest. gegen ein nicht appellables, der Regel nach rechtskräftiges Erkenntniß.

Für Hessen ist die Streitfrage längst in dem unter I erörterten Sinne entschieden. Vgl. E. O.A.Gs. in S. fiscus feudalis ca. Pöllnitz v. 12 Juni 1809; in S. v. Breidenstein ca. Gemeinde Schlierbach 1820; in S. Apotheker Bauer ca. Wtw. Kempf 1846; Gemeinde Lanzenhain ca. Riedesel 1834. Vgl. auch Rel. in S. Zielch ca. Babenhausen 1840. (Belege 29. 26. 1.)

[3]) In diesem Sinn hat sich auch das O.A.G. ausgesprochen in S. Zielch ca. Babenhausen (Beleg 1), kath. Kirche Nieder-Mörlen ca. Cameralfiskus (Beleg 5), das Hofg. in G. in S. Breidenbach ca.

Digitized by Google

zur Zeit der minor aetas stattgefunden habe [4]). Dabei wird die Zeit des Eintritts der Volljährigkeit naturaliter berechnet, l. 3. §. 3 D. 4. 4. Ist venia aetatis ertheilt, so tritt die Volljährigkeit mit der Mittheilung des obrigkeitlichen Decrets ein, l. 5 pr. C. 2. 53.

§. 32.

β. Wirkung bezüglich positiven Vorbringens.

Durch das eben Vorgetragene ergibt sich die ausgedehnte Wirkung der rest. minorum auf positive Versehen und Irrthümer der Vormünder von selbst. Sie findet statt bei jeder Verletzung [1]) und geht auch gegen rechtkräftiges Erkenntniß [2]). Verfolgt wird sie nicht nur von dem Minor selbst nach erlangter Volljährigkeit, sondern während der Minderjährigkeit auch durch den Vormund selbst, der die Verletzung verursacht hat [3]).

§. 33.

bb. Ausdehnung des Privilegs der Minores.

Nachdem man einmal begonnen hatte, die restitutio minorum als einen Schutz gegen Versehen der Vertreter der minores anzusehen, war es natürlich, daß man jenes Privileg auch anderen Personen, die selbst zu handeln unfähig sind, einräumte.

Wallau 13. Dez. 1862, Pfarrei O. Eisenhausen ca. Müller 23. Dez. 1862. Wild ca. Wolfs Ehefr. in Rockenberg. Vgl. §. 21 Nr. 1.

4) Die gemeinrechtlich bis zum vollendeten 25. Lebensjahre dauernde Minderjährigkeit ist in Hessen auf das vollendete 21. beschränkt.

1) Diese muß natürlich wie bei jeder anderen Restitution erwiesen werden oder sonst erhellen. E. O.A.Gs. in S. fiscus cam. ca. Fürstin von Lich v. 3. Febr. 1820 (Beleg 30). Vgl. §. 12, I. §. 28, 1.

2) Vgl. Rel. O.A.Gs. z. S. fiscus feudalis ca. Oberamtmann v. Pöllnitz in Reinheim 1809 (Beleg 29). Gemeinde Engelrod ca. Kirchenkasten daselbst 1827. (Beleg 23) und die in §. 33 Note 7 alleg. Rechtssachen.

3) O.A.Gs.Präj. 164. vgl. mit A. f. pr. R.W. Bd. IV. S. 356.

Digitized by Google

Durch Gesetz ist das Privileg gegeben:

1) den res publicae d. h. allen politischen Corporationen, Stadtgemeinden jeder Art und nach allgemeinen Grundsätzen auch Dorfgemeinden [1]); l 4. C. quib. ex caus. (2. 54), Savigny l. c. S. 160,

2) den kirchlichen Corporationen (Kirchen, Klöstern und milden Stiftungen) [2]); c. 1. 3. X. 1, 41; c. 6. eod. c. 11. X. 3. 13.

Viele Schriftsteller geben es auch

3) allen anderen Corporationen, namentlich dem Fiskus [3]), überhaupt allen denen, deren Geschäfte durch fremde Hände geführt werden, also den gerichtlich erklärten Verschwendern [4]), den Wahnsinnigen [5]) und anderen bevormundeten Personen [6]); und wenn sich auch erhebliche theoretische Bedenken dagegen geltend machen lassen, vgl. Savigny Bd. VII S. 161, so ist die Praxis doch für diese Ausdehnung.

---

[1]) Dieser Grundsatz in Ansehung der Stadt- und Dorfgemeinden hatte auch in der Rechtsprechung des O.A.Gs. ausdrücklich Anerkennung gefunden, O.A.Gs.Präj. 27, nachmals wurde aber den Stadt- und Dorfgemeinden die Wohlthat entzogen. Gesetz vom 21. Juni 1836. Daher wurde vom O.A.G. in S. Gemeinde Ober-Beerbach ca. Keller 1841 ausgesprochen, daß die Versäumniß eines Bürgermeisters in einem Rechtsstreit (unterlassne zeitige Instruction des Anwalts) nach dem Geiste des fraglichen Gesetzes kein Restitutionsgrund sei. Gleiche Entscheidung erging in S. Gemeinde Berstadt ca. v. Einsiedel 1861. (Die Rest. wegen Nachlässigkeit der Anwälte sei nicht analog auszudehnen.)

[2]) Sanctionirt durch O.A.Gs.Präj. 150. Zu den pia corpora gehört auch die Forstwittwenkasse, welcher jura piorum corporum verliehen sind.

[3]) Anerkannt durch O.A.Gs.Präj. 150 cit. Dem Fiskus steht gleich, wer jura fisci hat, wie die Invalidenanstalt. Vgl. auch Seufferts Arch. Bd. XIV Nr. 191.

[4]) Anerkannt durch O.A.Gs.Präj. 139. Vgl. A. f. pr. R.W. Bd. III. S. 330.

[5]) Ausgesprochen vom O.A.G. in S. Valentin Eisenhauer zu Weschnitz als Cur. des P. K. ca. Salomon W. zu R. Vgl. Arch. f. pr. R.W. l. cit.

[6]) Vgl. die Ueberschrift v. O.A.G.Präj. 164: „andrer unter Curatel stehender Personen."

Digitized by Google

Bezüglich der Wirkung der Restitution gelten hier dieselben Grundsätze, wie bei der minor aetas selbst [7]).

§. 34.

b. Haben der Hanssohn und die Ehefrau besondere Ansprüche auf Restitution?

In den Gesetzen ist von einem besonderen Anspruch der Ehefrau auf Restitution bezüglich ihres in Händen des Ehemanns befindlichen Vermögens nicht die Rede und auch die Praxis hat ihr ein solches nicht zugestanden.

Was aber den Hanssohn anlangt, so ist zu unterscheiden, ob derselbe minderjährig ist, oder nicht. Ist er minderjährig, so genießt er im Allgemeinen alle Rechte der Minderjährigen, wie solche in §. 31 und 32 dargestellt worden sind, er wird daher gegen Versehen seines Vaters resp. seiner Mutter (als natürlichen Vormünderin) restituirt [1]). Es gilt dies jedoch nur bezüglich des Vermögens, welches dem minderjährigen Sohn selbst zusteht, und die Restitution fällt immer weg, wenn der Vortheil der letzteren dem Vater resp. der Mutter zufallen würde.

Savigny System Bd. VII S. 153.

---

[7]) In der Hess. Rechtsprechung ist es ausdrücklich anerkannt, daß die den **Minores** Gleichgestellten, z. B. der Fiskus, wegen Versehen der Vertreter auch **contra rem judicatam** restituirt werden; vgl. Frau Fürstin Vormünderin zu Lich ca. Cameralfiskus, die Chaussee bei Niederweisel betr. 1818. (Beleg 30.) Cameralfiskus ca. Jordis 1825; Cameralfiskus ca. **curator ad lites** der Masse der P. Braun Ehel. zu Auerbach. 1834. Auch kann die Restitution durch den Vertreter, welcher die Verletzung verschuldet hat, gesucht werden. O.A.Gs.Präj. 164 und 150. Letzteres Präjudiz läßt die Verjährung vom Augenblick der Kenntniß der Läsion laufen und nimmt sonach auf den Wechsel der Administratoren resp. Curatoren keine Rücksicht. Eine solche Berechnung ist aber nur unter der Voraussetzung denkbar, daß auch der Vertreter, welchen die Schuld der Verletzung trifft, zur Bitte um Restitution berechtigt ist, sobald er die Läsion erfährt.

[1]) Vgl. Rel. O.A.Gs. in S. Hofmann ca. Fürstin Isenburg-Birstein 1822, wo der Fürstin Namens ihres minderjährigen Sohnes Rest.

Digitized by Google

Ist der Hanssohn dagegen volljährig, so hat er keinen besonderen Anspruch auf Restitution [2]).

II. Freiwillige Vertretung und Verbeistandung.

§. 35.

a. Römisches Recht.

aa. Von eigentlichen Vertretern (procuratores).

Das römische Recht stellte den Grundsatz auf, daß der Stellvertreter durch den Act der Bestellung eigentlicher Prozeßherr (dominus litis) werde und sonach die Parthie selbst aus dem Prozeßrechtsverhältniß heraustrete. Sowie nun nach jenem Princip die condemnatio auf den Procurator lauten mußte, so mußte auch eine consequente Durchführung jenes Grundsatzes es mit sich bringen, daß dann, wenn der Procurator aus seiner eignen Person keinen Restitutionsgrund auffinden konnte, von einer der Parthie zu ertheilenden Restitution, welche sich bloß darauf stützte, daß ein in den Verhandlungen eingetretener Nachtheil auf einem Irrthum, Versehen ꝛc. des Procurators (m. a. W. in dem Umstande, daß die Parthie durch einen Vertreter gehandelt habe) beruhe, nicht die Rede sein konnte. Es liegen denn auch bestimmte Quellenzeugnisse vor, aus welchen erhellt, daß die Römer im Allgemeinen eine solche Restitution nicht kannten, daß sie vielmehr die verletzte Parthie lediglich zur Regreßnahme gegen ihren Procurator anwiesen, insofern

---

gegen Ablauf einer Frist ertheilt und folgeweise eine Eideszurückschiebung noch zugelassen wurde (Beleg 28), auch Seufferts Arch. Bd. XI Nr. 43.

[2]) Eine eigenthümliche Bemerkung findet sich in der Rel. des O.A.Gs. in S. Breidenbach ca. v. Gärtler. Danach müßte dem Hanssohn Restitution bez. des Versehens des Vaters ertheilt werden, wie dem Clienten ob culpam advocati, (Beleg 24).

Digitized by Google

überhaupt die Grundsätze über das Mandat eine solche statuiren würden.

c. 10 de procurat. (2. 13).

Dies auch in dem Falle, wo die Bestellung des Procurators in einer durch Staatsangelegenheiten veranlaßten Abwesenheit der Parthie ihren Grund hatte. Das Einzige, was hier bewilligt wurde, war die Rest. des Abwesenden gegen den Ablauf der Appellationsfristen.

l. 8. D. de rest. (4. 1.).

Der fragliche Grundsatz litt sogar dann Anwendung, wenn sich der Procurator einer fraus oder eines dolus schuldig gemacht hatte,

c. 10 cit.

und nur in dem einen Fall, wo der Procurator gerade mit dem Gegner selbst colludirt hatte, war die hintergangene Parthie etwas besser gestellt.

Hatte nämlich der Procurator hier

1) den Beklagten vertreten und war dieser in Folge der Collusion verurtheilt worden, so konnte dieser, auf Leistung belangt, sich gegen die actio judicati des Klägers direct mit der exceptio doli schützen, ein Rechtsbehelf, welcher der Ertheilung der Restitution contra rem judicatam im Wesentlichen gleichstand.

l. 9. D. de doli mali except. (44. 4.)

Hatte dagegen

2) der Procurator den Kläger vertreten und war der Beklagte in Folge der Collusion freigesprochen worden, so wurde dem Kläger die actio doli gegen den Beklagten nicht unmittelbar, sondern nur dann gegeben, wenn der Procurator insolvent war.

l. 8. §. 1. D. 17. 1.
l. 7. §. 9. D. 4. 3.

3) Gleiches, wie das sub 2 Angegebene, war gewiß auch der Fall, wo der Procurator den Beklagten vertreten hatte und der Letztere schon die urtheilsmäßige Leistung prästirt hatte, da in diesem Falle der Beklagte nur mit der actio doli

Digitized by Google

aufkommen konnte, diese aber nach Obigem nur dann statthaft war, wenn der Procurator insolvent war.

War der Procurator insolvent und wurde die actio doli gegen den Prozeßgegner durchgeführt, so hatte sie die Wirkung, daß die res judicata rescindirt wurde, sie stand also in der Wirkung wenigstens der Restitution contra rem jud. wesentlich gleich.

Dieser anscheinend geringe Schutz war übrigens wesentlich dadurch erklärt, daß die Parthie ihren Vertreter ganz frei wählen konnte und sohin, wenn sie einen nachlässigen und unfähigen Vertreter wählte, ihr selbst gewissermaßen die Schuld der Verletzung beigemessen werden durfte.

§. 36.

bb. Von bloßen Rechtsbeiständen. (Advocati causae.)

Das römische Recht spricht nur von zwei Fällen, in welchen die Parthie Schutz gegen Handlungen ihres rechtlichen Beistandes erhalten soll:

I. vom Falle, wo der Beistand ein irriges, thatsächliches Vorbringen in den Verhandlungen vorgetragen hatte[1]).

---

[1]) Brunnemann, Commentarius ad l. 3 C. 2. 10. Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung, insbes. „Ueber das Geständniß und dessen rechtliche Wirkungen." S. 53. 88 ꝛc. (Nr. 12.) Derselbe, Paraphrase zu Martin's Civilprozeß-Lehrbuch §. 128. S. 379 ꝛc. Lotz, im Archiv f. civ. Pr.; „Von dem Irrthum der Adv. in Bez. auf zugestandene factische Umstände und der Verbesserung solcher Unrichtigkeiten." Bd. 3 S. 101. Genslex's, Commentar zu Martin (ed. Guyet) zu §. 80; auch im Arch. f. civ. Pr. Bd. IV. S. 117. Brackenhöft, im Archiv f. civ. Pr. Bd. XX. S. 362 ꝛc. „Von dem Irrthum der Advokaten in Bezug auf zugestandene factische Momente und der Verbesserung solcher Unrichtigkeiten." Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Th. II S. 298. „Vom Irrthum der Advokaten." Linde, Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprozesse. Bd. I. S. 141—

Digitized by Google

Die Grundsätze über den insofern der Parthie gewährten Schutz concentriren sich in Folgendem:

1) Das, was der Beistand in Gegenwart der Parthie vorträgt, gilt zwar im Allgemeinen so, als wenn es die Parthie selbst vorgetragen hätte, es steht jedoch
2) der Parthie bei den mündlichen Vorträgen ihres Beistandes frei, ein etwaiges irriges Vorbringen desselben sofort zu berichtigen, in welchem Falle von irgend einer Beweisführung nicht die Rede ist;
3) Aber auch wenn die Parthie eine solche sofortige Berichtigung eines mündlichen Vortrags des Beistandes unterläßt und die Verbesserung des Irrthums nach den allgemeinen Regeln über die Abänderung von Parteivorträgen nicht mehr zulässig sein würde, gilt im Allgemeinen der Grundsatz, daß der Irrthum des Beistandes der Parthie selbst nicht schaden soll, sofern sie den Irrthum beweisen kann; dieß ist jedoch auf schriftliche Eingaben des Advokaten, welche die Parthie unterzeichnet hat, nicht auszudehnen;
4) Selbst in der Appellationsinstanz (resp. während schwebender Rechtskraft des Enderkenntnisses) ist die Geltendmachung eines solchen Irrthums nicht ausgeschlossen;

Dagegen findet

5) nach endlich entschiedener Sache irgend eine Rechtshilfe wegen eines solchen Irrthums nicht mehr statt [2]).

---

171. „Bemerkungen über das Versehen der Nebenpersonen im Prozesse überhaupt, insbes. bei der Vorbringung factischer Umstände." Schmid, Handbuch Bd. I. §. 75. Hoffmann im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft. Bd. I Heft I S. 108. „Ueber den Widerruf eines gerichtl. Geständnisses an einem Rechtsfall erläutert." Neuner, Ueber den Widerruf eines von dem Anwalte in einer Civilprozeßsache irrthümlich abgelegten Geständnisses.

2) Diese Sätze folgen aus den drei Rescripten, welche den Tit. X des II. Buchs des Codex: „de errore advocatorum vel libellos seu preces concipientium" bilden, dahin gehend:

1) Ea, quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur.

Digitized by Google

Wann der hiernach den Parthieen zugesicherte Schutz gegen irrige Zugeständnisse ihrer Advokaten nach römischem Rechte aus

---

2) Errores eorum, qui desideria, id est preces, scribunt, veritati praejudicium afferre non posse, manifestum est. Et ideo si condemnationem, cujus mentionem libello insertam esse proponis, manifesto probare potes non intercessisse, allegationes tuas laedi non oportere, is, qui super negotio disceptaturus est, non ignorat.

3) Sententiis finita negotia rescriptis revocari non oportet. Nec enim quae constituta sunt, id est ut advocatorum error litigatoribus non noceat, tibi etiam opitulari possunt, quum te praesentem neque causae palam ex continenti, id est triduo proximo, contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio, si tibi haec displicebant, usam esse proponas.

Diese Stellen haben eine umfangreiche Literatur hervorgerufen, in welcher sehr verschiedene Ansichten vertreten sind, und doch sind dieselben unschwierig zu deuten, sofern man nur einestheils im Auge behält, daß dieselben nur von rechtlichen Beiständen im römischen Sinne (welche neben und mit der Parthie handelten), nicht von bevollmächtigten Sachführern (seien diese auch rechtskundige Advokaten) sprechen, anderntheils die Eigenthümlichkeiten des römischen Prozeßverfahrens gehörig würdigt.

In dem ersten Rescript ist der natürliche Satz ausgesprochen, daß das, was der Advokat in Gegenwart seiner Parthie vorträgt, im Allgemeinen so angesehen wird, als hätte es die Parthie selbst vorgetragen.

Das zweite Rescript bezieht sich auf folgenden Fall:

Eine Parthie hatte sich in s. g. preces an den Kaiser gewendet und darin behufs Einleitung des ordentlichen Verfahrens um Verweisung der Sache an einen Richter gebeten (vgl. Heffter Institutionen des Civilprozesses S. 288 u. 289; Brackenhöft Archiv f. civ. Pr. Bd. 20 S. 369.) In diesen preces hatte der Verfasser irriger Weise eine condemnatio behauptet, welche Behauptung im Verlauf des Prozesses der Parthie nachtheilig werden mußte. Die Parthie wandte sich daher an den Kaiser, um eine Remedur des fraglichen Versehens zu erlangen. Der Kaiser rescribirt nun — augenscheinlich, nachdem das Rescript, welches den Richter zur Verhandlung bestellte, schon erlassen und die preces diesem und resp. der Gegenparthie schon mitgetheilt waren — daß, wenn die Parthie erweisen könne, daß die fragliche condemnatio nicht erfolgt sei, der Richter,

Digitized by Google

dem Gebiet der regulären Rechtsbehelfe in dasjenige der Restitution übergetreten sei, ist nicht unzweifelhaft. Soviel ist freilich

---

welcher über die Sache zu erkennen habe, dieß nicht außer Acht lassen werde.

Es enthält also diese Stelle den Satz, daß eine unrichtige thatsächliche Anführung eines öffentlichen Schriftenverfassers in s. g. preces der Parthie nicht schaden solle, wenn nur in dem demnächstigen Prozesse selbst die Unrichtigkeit jener Anführung erwiesen werden könne.

Das dritte Rescript hat hauptsächlich die Verschiedenheiten der Ansichten veranlaßt. Bei seiner Erklärung muß man sich die Hauptgrundsätze des neueren römischen Prozeßverfahrens vergegenwärtigen. Dieses Verfahren kannte die Vorbestimmung von Präclusivfristen zur Einbringung des dem Prozeßverhältniß zu Grunde liegenden Materials nicht und wenn daher nicht sonstige besondere Prozeßgrundsätze (wie z. B. die Grundsätze über die confessio) eine Restriction bewirkten, so setzte erst das erlassene Endurtheil dem Vorbringen neuer Umstände und der Abänderung des schon Vorgetragenen eine Schranke. Selbst noch in der Appellationsinstanz war das Vorbringen neuer oder die Abänderung früher vorgetragener Umstände in ausgedehntem Maße gestattet. Nach eingetretener Rechtskraft des Endurtheils dagegen vollzog sich ein völliger Umschwung. So wie den Parthieen vor der Rechtskraft der ausgedehnteste Spielraum zur Wahrung ihrer Rechte gegeben war, so wurde nach eingetretener Rechtskraft des Endurtheils eine Erneuerung des Verfahrens nur in ganz besonderen Ausnahmsfällen bewilligt. Diesen Umschwung finden wir z. B. deutlich bezüglich der Wirkung des error facti (d. h. wo die Parthie selbst irrt) anerkannt; denn während für die Zeit bis zur Rechtskraft des Enderkenntnisses allgemein der Grundsatz gilt, daß ein solcher Irrthum dem Irrenden nicht schaden solle, wird nach eingetretener Rechtskraft eine Hilfe nicht mehr gewährt.

Dem fraglichen Rescript liegt nun folgendes Sachverhältniß zu Grund:

Ein Rechtsbeistand hatte in Gegenwart seiner Parthie einen unrichtigen Thatumstand vorgetragen, ohne daß die Parthie die Unrichtigkeit sofort berichtigt hatte, und auch das darauf erlassene für die Parthie ungünstige Endurtheil war im Wege der Appellation nicht angefochten worden. Nach eingetretener Rechtskraft wandte sich nun aber die Parthie an den Kaiser und suchte eine Erneuerung des Verfahrens resp. Aenderung des Endurtheils auf Grund

Digitized by Google

gewiß, daß, solange das sofortige Berichtigungsrecht noch in Ausübung gebracht werden konnte, eine Restitution ebenso unnöthig

---

des Irrthums des Advokaten nach, indem sie sich auf den anerkannten Satz stützte, daß der Irrthum der Advokaten den Parthieen selbst nicht schaden könne.

Die Kaiser schlugen nun aber dieses Gesuch ab, indem sie bemerkten: Endlich erledigte Rechtsstreitigkeiten könnten durch Rescripte nicht wieder erneuert werden. Für eine solche Erneuerung könne auch der (sonst wohlbegründete) Rechtssatz, daß der Irrthum der Advokaten den Parthieen nicht schaden solle, nicht angeführt werden, da die Parthie in vorliegendem Falle den in ihrer Gegenwart vorgefallenen Irrthum nicht sofort berichtigt, und überdieß die Verfolgung der Appellation (als das letzte Mittel den Irrthum zu repariren) unterlassen habe.

Es ist klar, daß bei dieser Auffassung des Rescripts Nichts darin enthalten ist, was dem römischen Prozeßverfahren oder der Natur der Sache widerspräche, ja die fraglichen Grundsätze würden sich auch ohne ausdrückliche Gesetzesstellen aus einer consequenten Anwendung der sonst bestehenden Vorschriften über die Rechtskraft und die Wirkung des error facti ergeben. Man hat aber Schwierigkeiten daraus entnommen, daß den Worten des Rescripts „in continenti" die Worte „id est triduo proximo" beigefügt sind und daß das Rescript nur von einer in continenti und in der Appellationsinstanz zu bewirkenden Berichtigung des Irrthums spreche. Aus dem ersteren Umstand hat man gefolgert, das naturgemäß bestehende Recht der Parthie, eine in ihrer Gegenwart vorgetragene unrichtige Behauptung ihres Advokaten k. H. zu berichtigen, sei hiernach auf einen Zeitraum von drei Tagen ausgedehnt, und auf den zweiten Umstand hat man die Ansicht stützen wollen, daß nach Ablauf des Triduums ein Widerruf überhaupt nicht mehr, es sei denn wieder in der Appellationsinstanz, statthaft sei. Die letztere Auffassung ist nun aber schon deßhalb verwerflich, weil daraus, daß der Kaiser in dem Rescript eines nach Ablauf des Triduums zu bewirkenden Widerrufs nicht ausdrücklich Erwähnung thut, noch keineswegs die rechtliche Unzulässigkeit eines solchen Widerrufs folgt. Sodann konnte aber auch der concrete Fall so geartet sein, daß von einem solchen Widerruf gar nicht die Rede sein konnte, und endlich würde bei Festhaltung jener Auffassung die c. 3 in unauflöslichem Widerspruch mit sich selbst und der c. 2 stehen, so daß also auch aus diesem Grunde jene Auffassung schlechthin nicht zu billigen ist.

Digitized by Google

war, als wenn der Irrthum in der Appellationsinstanz vermittelst des beneficium novorum remedirt werden sollte und konnte; dagegen fragt es sich, ob förmliche Restitution nothwendig war, wenn der Widerruf zwar nach erloschenem sofortigen Berichtigungsrecht, aber vor erlassenem Erkenntnisse, oder während der schwebenden Rechtskraft (jedoch nicht in der Appellationsinstanz) erfolgte? Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen hierüber fehlen, es erscheint aber gerechtfertigt, jene Frage ganz analog dem Falle zu entscheiden, wo es sich um den Widerruf des Geständnisses einer Parthie handelt, also allerdings die Nothwendigkeit der Restitution anzunehmen, sobald das irrig Zugestandene nach den Regeln über das sofortige Berichtigungsrecht der Irrthümer der Advokaten und resp. nach denjenigen über Abänderung von Parteivorbringen nicht mehr zurückgenommen und geändert werden konnte [3]).

vgl. Savigny System Bd. VII S. 28 — 33.

Was aber die behauptete Ausdehnung des sofortigen Berichtigungsrechts auf die Dauer von drei Tagen anlangt, so wird man auch diese Ansicht nicht billigen können. Allerdings scheinen auf den ersten Blick die Worte: „id est triduo proximo" lediglich eine abstracte Erläuterung der Worte „in continenti" zu sein. Bei Erwägung der Anomalie, welche hierdurch in das Prozeßverfahren hereingetragen würde, wird man indessen richtiger jene Worte dahin zu verstehen haben, daß sie lediglich aus der concreten Lage des betr. Rechtsstreites entnommen waren, daß also damals der Parthie nach der Actenlage gerade drei Tage zu Gebot gestanden hatten. (Man denke z. B., daß das Urtheil drei Tage nach der Erklärung des Advokaten erlassen war und diese Erklärung von der Art war, daß sie bis dahin hätte zurückgenommen werden können).

vgl. insbes. Brackenhöft l. c. S. 366 und 367. Lotz l. c.

Die Praxis hat sich freilich vielfach für das abstracte dreitägige Widerrufsrecht ausgesprochen und hat dasselbe sogar von dem Falle, wo die Parthie beim Vortrage des Advokaten anwesend war, auf den Fall übertragen, wo die Parthie einen schriftlichen Vortrag ihres Advokaten unterschrieben hat, welche Ausdehnung aber theoretisch unter keinen Umständen zu rechtfertigen ist.

[3]) Diese Analogie ist um so gerechtfertigter, als das Geständniß, welches der Advokat ablegt, vollkommen dieselbe Kraft hat und auch äußerlich mit denselben Merkmalen umgeben ist, als wenn es die

Digitized by Google

II. vom Falle der Prävarikation des Advokaten.

In diesem Falle soll, falls die Prävarikation nachgewiesen werden kann, auch nach rechtskräftigem Endurtheil eine nochmalige Erörterung der Sache stattfinden können. c. 1. C. 2. 7 „de principali causa denuo queratur."

§. 37.

b. Canonisches und Reichsrecht.

Das canonische Recht hat an dem römischen Rechte bezüglich der procuratores Nichts geändert, wie sich dies daraus erklärt, daß dieses Recht das römische dominium litis noch als fortbestehend anerkannte,

cap. I. de procur. in VI°, 1, 19

und ebenso wenig findet sich eine Aenderung bezüglich der advocati causae.

In Deutschland hat dagegen die Idee vom dominium litis nie völlig Eingang gefunden, denn wenn auch des Wortes in den Reichsgesetzen hier und da Erwähnung geschieht,

R.A. von 1507 Tit. 35 §. 6
D.A. von 1600 §. 73
K.G.O. von 1555 I. 32 §. 9. 10,

so war doch in Wirklichkeit jenes Princip nie recht recipirt. Unter solchen Umständen war es nicht nur erklärlich, sondern auch theoretisch nicht ungerechtfertigt, daß man auch die aus jenem dominium folgenden Consequenzen außer Auge ließ und allmählich die strenge Ansicht des römischen Rechts in Ansehung des Schutzes der Parthie gegen Nachtheile, welche sie durch ihren Procurator erlitten hatte, verließ. Es war dies auch in der That eine praktische Nothwendigkeit; denn nachdem man in Deutschland einen eignen Stand

Parthie abgelegt hätte. Ein Grund diese beiden Arten von Geständnissen in Ansehung des hier fraglichen Punkts verschieden zu behandeln, ist nicht denkbar. Zur Zeit des Formularprozesses konnte ohnehin kein Geständniß zurückgenommen werden, ohne daß an den Prätor zurückgegangen wurde.

Digitized by Google

öffentlicher Anwälte creirt und so die Parthieen mittelbar gezwungen hatte, ihre Angelegenheiten diesem Stande anzuvertrauen, konnte man der Parthie nicht mehr entgegenhalten, daß sie durch die Wahl ihres Anwalts die Läsion selbst verschuldet habe, da ja der Staat selbst den öffentlichen Anwalt als tüchtig anerkannt hatte. Auf diese Weise bildete sich in der Praxis zunächst der Grundsatz, daß Restitution gegen Versehen des Procurators mindestens dann ertheilt werden dürfe, wenn der letztere ein öffentlicher Anwalt und fruchtlos ausgeklagt resp. insolvent sei, und später ging man sogar beim Reichs-Kammer-Gericht soweit, daß man auch ohne das letztere Requisit Restitution ertheilte. Immerhin war übrigens diese Praxis nicht ganz unbestritten und es fand sich daher das R. K. Gericht veranlaßt, am 19. Mai 1786 in Pleno zu berathen, ob der Parthie propter culpam vel negligentiam advocati vel procuratoris eodem nondum excusso Rest. zu ertheilen sei. Obgleich die Majorität sich für die Bejahung der Frage aussprach und auch der Reichshofrath nachmals diesem Beschluß der Majorität beitrat und hiermit die Sache als erledigt hätte betrachtet werden können, da dem R.K.G. das Recht zustand, insofern ein bindendes Präjudiz aufzustellen resp. durch obigen Beschluß ein solches aufgestellt war, so hielt es das R.K.G. doch für zweckentsprechend, die obige Frage zur Erledigung im Wege des Gesetzes als Dubium cameräle Kaiser und Reich vorzulegen. Auf dieses Dubium ist jedoch nie Resolution erfolgt.

§. 37.

c. Heutiges Recht.

Das heutige Recht kennt keine Spur des dominium litis mehr und hinsichtlich der Zuziehung von Rechtsverständigen zu Prozessen ist fast überall in der Art eine Aenderung eingetreten, daß der Staat eine Anzahl öffentlicher Anwälte, welche ausschließlich zur Praxis autorisirt sind, ernennt, und daß diese in dem betr. Prozeß die Parthie nicht bloß verbeistanden, sondern geradezu als Procuratoren für sie handeln. Hiermit ist das römische Recht in seinen Hauptfundamenten geändert, gerade deßhalb fragt es sich aber, wie sich

Digitized by Google

bei so veränderten Verhältnissen heutzutage die Restitutionsfrage gestalte?

Mit Aufhebung des dominium litis, welches die materielle Zweitheilung zwischen Parthie und Procurator durch einen Rechtssatz auf ein einheitliches Rechtsverhältniß zurückgeführt, juristisch vereinfacht hatte, ist nunmehr ein rechtlich anerkanntes Zwitterverhältniß eingetreten. Aeußerlich handelt der Procurator mit unbeschränkter Freiheit, materiell wird gleichwohl die Parthie als Hauptperson anerkannt. Dieses Zwitterverhältniß schafft eine ganze Reihe von Fragen, welche beim Princip des dominium litis gar nicht vorkommen konnten, oder sich doch sehr einfach erledigen mußten. Sowie sich nämlich in der Person des Procurators möglicherweise alle diejenigen Umstände wiederholen können, welche, wenn sie in der Person der Parthie selbst vorkommen, zur Restitution führen (der Procurator wird gezwungen, betrogen u. s. w.), so tritt auch überdieß noch die Frage über den Einfluß der Arglist und der Verschuldung Seitens des Procurators an uns heran. Alle diese Fragen, welche früherhin leicht beantwortet waren, können heutzutage augenscheinlich nicht unmittelbar und direct aus dem römischen Rechte, welches ja ein Zwitterverhältniß nicht anerkannte, beantwortet werden, sie müssen vielmehr gerade wegen des veränderten Fundamentalsatzes mehr oder weniger durch Analogie und Abstraction ihre Beantwortung finden.

Will man hier zu festen Resultaten gelangen, so muß man sich vor Allem darüber klar machen, daß zu dem Gebiete, auf welchem sich unsere Frage bewegt, diejenigen Fälle schlechthin nicht gehören, wo die verletzende Handlung oder Unterlassung zwar durch den Procurator äußerlich vermittelt, in Wahrheit aber auf die Parthie selbst zurückzuführen ist[1]), sondern nur diejenigen, wo

[1]) Hier, wo das formelle Zweiverhältniß materiell ein einheitliches ist, liegt juristisch eine Handlung oder Unterlassung der Parthie selbst vor. Soll also hier Restitution erlangt werden, so kann dieß nur geschehen, wenn in der Parthie selbst ein Restitutionsgrund gefunden werden kann. Eben deßhalb ist es streng genommen Voraussetzung einer jeden Rechtshilfe gegen Irrthum u. s. w. des Anwalts, daß konstire, daß die betr. Handlung oder Unterlassung ohne resp.

Digitized by Google

die Handlung oder Unterlassung in der Person des Procurators ihren selbstständigen, von der Parthie unabhängigen Entstehungsgrund hat. Sodann aber darf man sich nicht scheuen, das ganze Gebiet der Entstehungsgründe, wie sie in letzterem Sinne gedacht werden können, zu prüfen. Dabei erledigen sich nun freilich einzelne Fragen, wie z. B. die Fragen, in wiefern Restitution stattfinde, wenn der Procurator gezwungen oder betrogen wurde, leicht. Andere Fragen aber sind schwieriger zu beantworten, so diejenige über den Einfluß des Irrthums des Procurators, des dolus oder einer culpa desselben, und von diesen ist daher besonders zu handeln.

§. 39.

aa. Irrthum des Procurators.

Nach römischem Recht konnte, wie früher schon angedeutet, eine Restitution der Parthie auf Grund des Irrthums des Procurators eben so wenig vorkommen, als eine Restitution des Procurators auf den Grund, daß die Parthie sich geirrt habe. Nur in dem Sinn fand Restitution statt, daß der Procurator restituirt wurde, wenn sich der Irrthum überhaupt und insbesondere in seiner Person als entschuldbar darstellte. Für das heutige Recht müssen diese Principien als wesentlich modificirt angesehen werden. Die Praxis unterscheidet, ob der Procurator ein öffentlicher Anwalt oder ein bloßer Privatmandatar ist. Ist er

I. ein bloßer Privatmandatar, so wendet sie die Grundsätze des römischen Rechts über Procuratores fortan an[1]); handelt dagegen

gegen Instruction der Parthie erfolgt sei. Modificirt wird der letztere Grundsatz durch das sofortige Berichtigungsrecht. vgl. §. 39.

[1]) In diesem Sinne hat sich auch das O.A.G. in D. ausgesprochen, vgl. Entscheidung in S. des Hofraths Frech zu Wetzlar als Mandatar des Fürsten von Wittgenstein-Berleburg ca. die Concursmasse des General-Lieutenants Grafen von Wittgenstein zu Giesen. 1822. Jakob Rindfuß in Auerbach ca. Wagner in Darmstadt 1825 (in letzterer Sache hatte ein Privatmandatar die Einführung der Appel-

Digitized by Google

II. ein öffentlicher Anwalt, so werden die Grundsätze des römischen Rechts über die Irrthümer der advocati causae analog auf den Anwalt ausgedehnt, auch wenn er die Parthie nicht bloß verbeistandet, sondern geradezu vertritt [2]).

Es ist von vornherein klar, daß eine solche analoge Uebertragung schon wegen der Zweifelhaftigkeit der zu übertragenden Grundsätze, noch mehr aber wegen des inneren Unterschieds rechtlicher Verbeistandung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist [3]) und

---

lation versäumt); ebenso das Hofgericht in D. in S. Marg. Brenger in Babenhausen ca. Wilhelm Perschbacher das., Bekl., Querulaten, Forderung betr.

Als Privatmandatare erscheinen namentlich auch die Privaträthe eines Standesherrn, vgl. E. O.A.Gs. in S. Graf zu Erbach-Erbach ca. mehrere Gemeindeglieder von Zell, namentlich Adam Horn und Conf. Revocation der Schafweide betr. Dez. 1823; Bon-von ca. Isenburg poto. rest. 1828, und auswärtige öffentliche Anwälte vgl. die alleg. Rechtssache Frech ca. Wittgenstein u. Schmied ca. Grafen Görz zu Schlitz. 1827.

Vgl. auch Arch. f. pr. R.W. Bd. VII S. 181. Seufferts Arch. Bd. XIII Nr. 201.

[2]) Das O.A.G. in D. erkennt diese analoge Anwendung an. Vgl. u. A. Rel. in S. Wallhaus ca. v. Riedesel 1855. Hofferberth u. Eckert ca. v. Löwenstein und v. Erbach. 1846. Zweifelhaft könnte dies freilich nach der Rel. in S. Oppenheimer u. Meier ca. Aufholz, 1859, werden. Bel. 36. 33. 34. Darüber, daß das Hofgericht in D. die betr. Anwendung macht vgl. Ulmer ca. Rodenheber. 1857 und 1858. Bel. 32.

Für das Hofgericht in G. ist zu vergl. Haas ca. Stephan, 1856, Notizb. Nr. 316. Vgl. auch Note 3.

[3]) Solche Schwierigkeiten entstehen namentlich, wenn man von der Ansicht ausgeht, durch c. 3. C. 2. 10. sei das sofortige Berichtigungsrecht der Parthie auf den Zeitraum von drei Tagen ausgedehnt und das Triduum müsse nun auch bei den öffentlichen Anwälten eintreten, wenn sie die Parthie förmlich vertreten. Man kommt hier zu dem innerlich ganz immotivirten Resultat, daß die Parthie jedes nicht auf ausdrücklicher Instruction beruhende factische Vorbringen binnen einer vom Tage der Kenntnißnahme laufenden dreitägigen Frist widerrufen kann, ja daß der Anwalt, wenn er sich von der Unrichtigkeit eines nicht auf Instruction beruhenden Vorbringens überzeugt, selbst Namens der Parthie dieses Vorbringen wider-

Digitized by Google

daß daher auch die Ansichten der Rechtslehrer in der vorliegenden Materie um so mehr divergiren müssen. Am Richtigsten wird man indessen wohl folgende Grundsätze aufstellen;

---

rufen kann, wodurch das Prozeßmaterial bis zum Urtheilserlaß gewissermaßen in der Schwebe gehalten wird.

Das Triduum ist, wenn man dieser Ansicht folgt, zu rechnen:

1) im Falle eines mündlichen Vortrags des Advokaten, welchem die Parthie beiwohnte, vom Tage des gehaltenen Vortrags; dabei ist es gleichgiltig, ob sie den Irrthum sofort einsah oder nicht. Das Gesetz unterscheidet insofern nicht und ist daher eine Unterscheidung unzulässig;
2) im Falle eines schriftlichen Vortrags des Advokaten, welchen die Parthie mit unterzeichnet hat, vom Tage der Einreichung des Vortrags. In analoger Uebertragung des sub 1 erörterten Grundsatzes ist es auch hier unzulässig, zu unterscheiden, ob die Parthie sofort den Irrthum eingesehen, beziehungsweise den Vortrag gelesen hat oder nicht. Wer einen Vortrag unterschreibt, ohne ihn zu lesen, verdient ohnehin keine besondere Berücksichtigung, wenn er hierdurch in Schaden kommt;
3) im Falle eines mündlichen Vortrags des Advokaten ad protocollum, welchem die Parthie nicht beiwohnte, oder eines schriftlichen Vortrags, den die Parthie nicht mit unterschrieben hat, vom Tage der Kenntnißnahme des betreffenden irrigen Vorbringens und zwar in Analogie des aufgestellten Grundsatzes, ohne Rücksicht darauf, ob sie dabei den Irrthum als solchen eingesehen hat.

Im Falle 1 und 2 ist der Anfangspunkt des Triduums ein durch die Acten fest bestimmter, im Falle 3 dagegen ist derselbe durch die Acten selbst nicht erkennbar, liegt vielmehr lediglich in der Parthie. Ist daher im Fall 3 seit dem Tage des gehaltenen Vortrags oder der eingereichten Eingabe ein Zeitraum von mehr als drei Tagen abgelaufen, so bedarf es des Nachweises, daß das Triduum wirklich eingehalten worden sei oder m. a. W., daß die Parthie erst in den letzten drei Tagen, vom Widerruf rückwärts gerechnet, Kenntniß von dem irrigen Vorbringen des Anwalts erhalten habe. Dieser Nachweis kann aber möglicher Weise — mit Rücksicht auf die Natur des Widerrufs als Incidentsache und in Analogie der Zulässigkeit des offerirten Eides in Restitutionssachen — durch bloße Bescheinigung und resp. den offerirten Eid geliefert werden.

Des Nachweises, daß das betr. angeblich unrichtige Vorbringen nicht in Folge einer ausdrücklichen Instruction der Par-

Digitized by Google

I. Damit überhaupt von einer Restitution wegen Irrthums des öffentlichen Anwalts gesprochen werden könne, ist vor Allem erforderlich, daß es sich um eine irrige (objectiv unwahre) Thatsache oder wenigstens ein auf Thatsachen zurückführbares Rechtsverhältniß handle [4]), so daß also weder irrige Rechtsdeductionen des Anwalts, noch irrige Beurtheilung eines sonst richtig gekannten Materials resp. Beweismittels (Irrthum über Erheblichkeit und Dienlichkeit), noch sonstige juristische Fehlsicht zur fraglichen Restitution führen können [5]).

---

thio in die Acten gelangt sei, bedarf es in keinem der obigen drei Fälle; der Widerruf ist aber unstatthaft, wenn die Gegenparthie sofort liquid stellen kann, daß das irrige Vorbringen auf ausdrücklicher Instruction beruhe. Arch. f. pr. R.W. Bd. I Heft 1. S. 131.

Das Tribunum kann möglicherweise eingeschränkt werden oder ganz verloren gehen, wenn unmittelbar nach dem abgegebenen oder eingereichten Vortrag oder wenigstens innerhalb der nächsten drei Tage resp. während des Laufs des Tribunums Urtheil ergeht, in welchem Fall dann nur noch durch Restitution geholfen werden kann.

Darüber, daß das O.A.G. in D. das Tribunum in abstracto anerkennt, ist zu vergl. Rel. in S. fiscus cameralis ca. Fürstin v. Solms-Lich, 1820; Wallhaus ca. v. Riedesel, 1855. Hofferberth u. Ekert ca. v. Löwenstein und v. Erbach 1845 und 1846. Belege 30. 36. 33. Daß das dreitägige Widerrufsrecht nach rechtskräftigem Erkenntniß nicht mehr ausgeübt werden kann, vgl. E. O.A.G. im A. f. pr. R. W. Bd. III S. 156.

In S. Ulmer v. Heppenheim ca. Rodenheber legte das Hofg. in D. dem Beklagten den Beweis auf, Gegenbeweis vorbehalten: „daß zur Zeit des Widerrufs des fragl. Geständnisses nicht mehr als drei Tage verflossen gewesen, seitdem er (Bekl.) von dem fragl. Irrthum Kenntniß erhalten.“ 16. Aug. 1857. — In S. Haas ca. Stephan entschied das Hofg. in G. „daß Haas der entgegenstehenden Erklärung des Advokaten S. ungeachtet, eidlich zu bestärken habe, daß er von jener Erklärung S's. erst am 16./4. 55 durch Hofgerichtsadv. D. Kenntniß erlangt und daß er den Adv. S. nicht angewiesen habe oder durch seinen Sohn habe anweisen lassen, 31./3. 1856. Notizenbuch 316.

[4]) Sei es, daß die Thatsache, das Rechtsverhältniß überhaupt nicht oder anders existirt.

[5]) Dieser Satz wird in etwas modificirt durch die Grundsätze über die Restitution wegen culpa des öffentlichen Anwalts, wenn nämlich

Digitized by Google

Die irrige Angabe muß außerdem schlechthin auf dem Irrthum des öffentlichen Anwalts beruhen, also jedenfalls ohne oder gegen Instruction der Parthie erfolgt sein *) und endlich darf die Parthie selbst keinerlei Verschuldung bezüglich der irrigen Angabe treffen **).

II. Die Wirksamkeit eines derartigen Irrthums als Restitutionsgrund beginnt in dem Augenblick, wo das Vorgetragene nach den Grundsätzen über Aenderung von Parteiverträgen und beziehungsweise über sofortige Berichtigung irriger Zugeständnisse

---

bei dem Irrthum das Versehen so groß ist, daß auf die culpa hin restituirt werden muß. Dann findet aber auch die Restitution juristisch nicht wegen Irrthums statt. Das O.A.G. in D. restituirt z. B. wegen Irrthums des Advokaten in formalibus, weil es diese Art des Irrthums einer Versäumung aus Nachlässigkeit gleich stellt. Vgl. z. B. Resc. O.A.Gs. v. 28. Febr. 1836 in S. Gemeinde Offenthal ca. Fürsten Isenburg-Birstein.

*) Aus der objectiven Unwahrheit und der nicht oder gegentheilig ertheilten Instruction allein constatirt sich übrigens noch keineswegs unbedingt, daß es sich gerade um einen Irrthum des Advokaten dreht, vielmehr bleiben noch die Möglichkeiten offen, daß er das unrichtige Vorbringen entweder im klaren Bewußtsein der Unrichtigkeit, oder aus Nachlässigkeit (Uebersehen der Instruction u. drgl.) oder in juristischer Fehlsicht in die Acten niedergelegt hat. Die Parthie hat also in dieser Hinsicht noch einen besonderen Beweis zu führen, wenn sie gerade von der hier in Rede stehenden Restitution Gebrauch machen will. Vgl. hierher auch Arch. f. pr. R.W. N. F. Bd. II S. 204.

**) Daher ist z. B. die Restitution zu versagen, wenn der Anwalt an die Parthie geschrieben hat, er sehe den und den Umstand als richtig an, wenn er nicht anders instruirt werde und die Parthie schuldvoll geschwiegen hat. Obiges Requisit ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen über Restitution, vgl. §. 21.

In S. Wallhaus ca. Riedesel, 1855, hatte der öff. Anwalt die Aechtheit einer Urkunde zugegeben; das desfallsige Restitutionsgesuch wurde vom O.A.G., namentlich auch von obigem Gesichtspunkt aus geprüft.

Darauf, daß den Anwalt eine Verschuldung nicht treffe, kommt es nicht an, vielmehr wächst gerade mit dem Grade der culpa des Anwalts die Aufforderung zum Schutze der Parthie gegen den Irrthum desselben.

Digitized by Google

der Anwälte nicht mehr zurückgenommen oder geändert werden kann [8]), und endigt sich bei strenger Anwendung der römisch-rechtlichen Grundsätze mit der rechtskräftigen Entscheidung der Sache. Die Praxis aber hat, in analoger Anwendung der durch den Gemeinen Bescheid von 1669 über den Irrthum der Parthie aufgestellten Grundsätze, die letztere Schranke durchbrochen und statuirt sogar auch gegen rechtskräftiges Endurtheil Restitution [9]).

III. Die Modalitäten, unter welchen der Widerruf innerhalb der sub II erörterten Gränzen stattfinden kann, erfordern noch folgende Bemerkungen:

1) Handelt es sich um Restitution *vor* erlassenem Urtheil, so

---

[8]) Manche Rechtslehrer wollen den Fall, wo der Widerruf zwar nach verlorenem sofortigem Berichtigungsrecht, aber doch noch vor erlassenem (resp. rechtskräftigem) Urtheil erfolgt, nicht als eigentliche Restitution behandeln. Vgl. Hoffmann im Arch. f. pr. R.W. Bd. I Heft 1 S. 114. Auch das O.A.G. in D. scheint von dieser Ansicht auszugehen; vgl. Rel. in S. fiscus feudalis ca. Fürstin v. Lich 1820, Hofferberth und Eckert ca. v. Löwenstein und v. Erbach 1845 und 1846, Wallhaus ca. v. Riedesel 1855 (Belege 30. 33. 36); siehe aber hiergegen: Die Relationen Hofgs. in D. in S. Ulmer ca. Rodenheber (Beleg 32) u. Großmann ca. Odenheimer (Beleg 35), sowie das oben im §. 36 Gesagte. Praktisch ist die Sache nicht von Bedeutung, da auch bei dieser Ansicht das Requisit der Schuldlosigkeit der Parthie an dem Irrthum zu prüfen ist. (Beleg 31). Auch bleibt sich bei beiden Ansichten die Nothwendigkeit förmlichen Nachweises der objectiven Unrichtigkeit des Zugestandenen gleich. vgl. III. Note 10.

[9]) Diese Praxis kann nicht gerade mißbilligt werden. Nachdem das deutsche Recht bei dem Irrthum der *Parthie* die früher bestandene Schranke beseitigt hatte, konnte diese wohl auch hier bei Seite gesetzt werden, da die Unzulässigkeit der Restitution nach römischem Recht in beiden Fällen auf ganz gleichem Grunde, der hohen Bedeutung der Rechtskraft, welche jetzt abgeschwächt ist, beruhte.

Auch das O.A.G. in D. erblickt in der eingetretenen Rechtskraft an sich kein Hinderniß der Restitution wegen Irrthums des öff. Anwalts. Vgl. die in vor. Note alleg. Rechtssachen u. Beleg 38 (Aenderung irrigen Replikvorbringens nach r'skr. Bew. Int.)

Digitized by Google

genügt zu deren Erlangung einfach ein Irrthum in dem sub I erörterten Sinne [10]);

---

[10]) Dieser Irrthum muß erforderlichen Falls erwiesen werden, d. h. die widerrufende Parthie muß darthun:

1) daß das Vorgetragene resp. Zugestandene objectiv unwahr sei,
2) daß das Vorgetragene auf einem Irrthum des Advokaten beruhe, also namentlich ohne oder gegen Instruction der Parthie erfolgt sei.

Die erstere Beweisauflage bezieht sich auf das Materielle des Streitverhältnisses, es ist daher insofern solenne Beweisführung, nicht bloß Bescheinigung, erfordert — c. 2 C. cit. „manifeste probare" — und auch dem Gegner directer Gegenbeweis ausdrücklich nachzulassen. Das Resultat einer solchen Beweis- und Gegenbeweisführung begründet dann aber auch für die Materie des Rechtsstreits formelle Wahrheit, ohne daß es später nochmals zu einer Beweisauflage kommen könnte. — Handelt es sich bei dem Widerruf um Beseitigung einer affirmativen Litiscontestation auf Klage, Einrede u. s. w., so entsteht durch die Beweisauflage an den Widerrufenden ein einfacher Wechsel in der Beweislast. Während bei negativer Litiscontestation dem Behauptenden der Vorbeweis, dem Gegner der directe Gegenbeweis zugefallen wäre, wird beim Widerruf die Vorbeweislast auf den Widerrufenden übergewälzt und dem (ursprünglich behauptenden) Gegner die günstigere Rolle des Gegenbeweisführers zugewiesen, was sich dadurch innerlich rechtfertigt, daß der Widerrufende Etwas, was durch das Geständniß dem Streit entzogen war, nunmehr wieder in das Streitgebiet zieht. Vgl. Savigny Syst. Bd. VII §. 303 — 308.

Die zweite Richtung der Beweisführung betreffend, könnte c. 2 C. cit. zu der Ansicht verleiten, daß eine solche Beweisführung gar nicht nöthig sei, vielmehr der Nachweis der objectiven Unwahrheit (1) genüge. Diese Ansicht würde in der Praxis dahin führen, daß jede durch einen Anwalt vertretene Parthie auch ihre eigenen Irrthümer unter dem Prätert eines Irrthums des Anwalts beseitigen und sich so von einem weiteren Beweise als dem der objectiven Unwahrheit befreien könnte, ja es könnten wissentlich falsch vorgetragene Thatsachen von ihr beseitigt werden. Daß das römische Recht solche Principien aufgestellt habe, wäre von vornherein höchst unwahrscheinlich. In der That enthält denn auch die c. 2 cit. eine Bestätigung jener Ansicht gar nicht. Im concreten, durch die c. 2 entschiedenen Falle handelte es sich nämlich um eine irrige Angabe des Schriftenverfassers in s. g. preces, d. h. wie früher

Digitized by Google

2) Handelt es sich dagegen um Restitution nach erlassenem Urtheil, so ist außerdem erfordert, daß die Parthie den Irrthum des Anwalts erst nach dem Urtheil erfahren habe, und muß dieß in dem Gesuche ausdrücklich bemerkt sein. §. 21. Dieser Satz leidet nur dann eine Ausnahme, wenn der Widerruf zugleich mit der Verfolgung der Appellation stattfindet, die Actenlage aber so ist, daß der Widerruf schon nach den Grundsätzen des beneficium novo-

---

bemerkt, einer Eingabe an den Kaiser, in welcher erst um Bestellung eines judex zum Behufe demnächstiger Einleitung und Instruction des Prozesses gebeten wurde, also nicht um ein gerichtliches Geständniß im strengen Sinn (welches immer nur im concreten Prozeß vor dem competenten Richter abgelegt werden kann), sondern nur um ein s. g. außergerichtliches Geständniß. Geständnisse im letzteren Sinne können aber bekanntlich durch einfachen Gegenbeweis (Beweis der Unwahrheit) entkräftet werden und es ist also in c. 2 cit. eben nur eine Anwendung dieses ohnehin feststehenden Satzes zu erkennen. Vgl. Savigny System Bd. VI §. 303 — 308, insbes. §. 306 S. 31, §. 308 S. 44: „Außergerichtliches Geständniß heißt jede Erklärung einer streitenden Partei, die über einen Gegenstand dieses Rechtsstreits nicht vor dem Richter desselben abgegeben wird." Gleichwohl haben manche Rechtslehrer die c. 2 auf das gerichtliche Geständniß bezogen und folgeweise behauptet, daß auch zu dessen Beseitigung der Beweis der Unwahrheit genüge. Diese Ansicht ist indessen aus den oben erörterten Gründen unrichtig, vielmehr beweist c. 2 für den hier in Rede stehenden Theil der Streitfrage gar Nichts. Wollte man indessen gleichwohl den Nachweis der Unwahrheit für genügend erachten, so könnte dieß doch jedenfalls nur in dem Sinne geschehen, daß die erwiesene Unwahrheit eine Vermuthung für den Irrthum des Advokaten begründete, wogegen der Beweis der durch die Parthie erfolgten Instruction nicht ausgeschlossen wäre.

Daß zur Herstellung des Nachweises 2 Bescheinigung genüge, folgt schon daraus, daß selbst dann, wenn es sich um eine förmliche Restitution gegen Urtheil wegen Irrthums des Advokaten dreht, die Causalien nur bescheinigt zu werden brauchen, um so weniger also in obigem Falle strenge Beweisführung gefordert werden kann.

Digitized by Google

rum berücksichtigt werden kann [11]), und die Parthie wirklich von diesem beneficium Gebrauch gemacht hat, denn in diesem Falle bedarf es einer Restitution überhaupt nicht. Dagegen muß er allerdings Anwendung auf ein mit der Appellation (wenn auch nur eventuell) cumulirtes Restitutionsgesuch finden [12]).

3) Handelt es sich um Restitution erst nach eingetretener Rechtskraft, so ist sogar erfordert, daß die Parthie den Irrthum erst nach eingetretener Rechtskraft erfahren habe [13]).

---

[11]) Daß der Widerruf in der Appellationsinstanz nicht unbedingt, sondern nur unter der Voraussetzung stattfinden kann, daß das beneficium novorum überhaupt zulässig ist, findet sich ausgesprochen in der Rel. O.A.Gs. in D. in S. Hofferberth und Eckert ca. v. Löwenstein und v. Erbach 1845 u. 1846 (Beleg 33).

[12]) Die Verbindung eines auf Widerruf gerichteten Restitutionsgesuchs mit der Appellation erscheint im Allgemeinen zulässig. Ob über dieses Gesuch der judex ad quem zu entscheiden oder ob er es zurück zu verweisen habe, darüber entscheiden die im §. 58 erörterten Grundsätze.

[13]) Das O.A.G. in D. hat mehrfach den Satz ausgesprochen, daß nach eingetretener Rechtskraft Restitution wegen eines irrigen Vorbringens des Anwalts nur im Wege der deutschrechtlichen Restitution, m. a. W. also nur dann erlangt werden könne, wenn die Parthie beeidigt, daß sie von dem Irrthum vor der Rechtskraft des Erkenntnisses keine Wissenschaft gehabt habe. Diese Ansicht kommt wesentlich auf obigen Grundsatz heraus. Vgl. Rel. in S. Wallhaus ca. v. Riedesel 1855. Oppenheimer u. Meier ca. Aufholz 1859, vgl. mit Rel. in S. Erben des Raths Breidenbach ca. die Erben des Hofkammerraths Kugler 1841 u. Weber ca. Plitt 1848. (Beleg 36. 34. 21. 20. auch 31). S. jedoch auch Krauß ca. Schäfer 1847 (Bel. 38).

Das Hofg. in D. hat, entgegengesetzt dieser Ansicht, in S. Köhl ca. Kösterus, wo der Widerruf einer affirmativen Litiscontestation Seitens des Beklagten nach rechtskräftigem Beweisinterlokut in Frage stand, diesen Widerruf lediglich von dem Beweis des Gegentheils des Zugestandenen abhängig gemacht, auch Gegenbeweis dem Gegner nicht nachgelassen, was Beides nicht zu billigen war. Darüber, welche Inconvenienzen die Nichtstatuirung des Gegenbeweises mit sich führte (der betr. Anwalt versäumte an das O.A.G. zu appel-

Digitized by Google

§. 40.

bb. Dolus des Procurators.

Ist der Procurator ein bloßer Privatmandatar, so behält es bei den römisch-rechtlichen Grundsätzen sein Bewenden. Handelt dagegen der öffentliche Anwalt dolos, so kann schon nach Analogie der Grundsätze des römischen Rechts über Prävarication, noch mehr aber nach den schon über die culpa des Anwalts geltenden Grundsätzen der Parthie selbst die Restitution nie — auch gegen rechtskräftiges Endurtheil nicht — versagt werden [1] [2].

§. 41.

cc. Culpa des Procurators.

Unbestritten ist, daß wegen Versehen von Privatmandatarien eine besondere Restitution nicht ertheilt wird [1], dagegen ist es sehr controvers:

a) ob auf Grund des Versehens öffentlicher Anwälte Restitution ertheilt werden könne? und

b) bejahenden Falls, ob der Nachweis der Insolvenz des Procurators Vorbedingung der Restitution sei?

Es verdient die Ansicht derjenigen den Vorzug, welche sich für die Zulässigkeit der Rest. überhaupt ohne nachgewiesene Insolvenz des öffentlichen Anwalts erklären, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Das Conclusum des R. K. Gs. von 1786 hat verbindliche Kraft, da der genannten Behörde ausdrücklich das Recht ver-

---

liren), vgl. Bopp Materialien des hess. bürg. u. peinlichen Prozeßrechts S. 244, wo der Rechtsfall erörtert ist, und Beleg 37.

[1] Wenn schon wegen culpa des Anwalts restituirt wird, muß umsomehr wegen dolus restituirt werden. Daß wegen dolus unbedingt zu restituiren sei, scheint schon nach dem Reichsrecht gar nicht zweifelhaft gewesen zu sein, da die dort ventilirte Streitfrage sich nur auf culpa und negligentia advocati bezog.

[2] Darüber, daß in Hessen bezüglich der Privatmandatarien das römische Recht zur Anwendung kommt, vgl. §. 38. I. Note I.

[1] Vgl. die vorhergehende Note.

Digitized by Google

liehen war, Präjudicien über streitige Rechtsfragen, beträfen sie auch das materielle Recht, mit bindender Kraft für die Glieder des R.K.Gs. zu erlassen.

2) Es hat aber das Conclusum umsomehr Anspruch auf Berücksichtigung, als es auf guten inneren Gründen beruht, wenn man Rest. in dessen Sinne zuläßt:

a) Restitution überhaupt zu verweigern, ist unter den heutigen Verhältnissen, wo der Staat einen eigenen Procuratorenstand geschaffen und die Parthieen dadurch geradezu gezwungen hat, sich dieser Personen zu bedienen, eben dieser Verhältnisse wegen, vom Gesichtspunkt höherer Gerechtigkeit ungerechtfertigt;

b) der Parthie zwar Restitution in abstracto zu gewähren, sie aber zuvor zum Nachweis der Insolvenz des Anwalts resp. zu dessen Ausklagung anzuhalten, steht in Wahrheit einer völligen Verweigerung der Restitution gleich oder es implicirt doch ein so trauriges beneficium, daß es beim Lichte betrachtet besser wäre, die Restitution ganz zu versagen. Die Insolvenz des Anwalts alsbald darzuthun, wird in den meisten Fällen unmöglich sein und es wird daher regelmäßig zur Regreßklage kommen, allein in vielen Fällen ist sie gar nicht durchzuführen, weil die Regreßklage mit den äußersten Schwierigkeiten verknüpft ist, in andren Fällen, in welchen der Lädirte den Sieg wirklich davonträgt, steht es dennoch sehr mißlich mit der Parthie, weil der Anwalt schließlich nicht solvent ist, endlich entstehen Inconvenienzen, wenn der Anwalt nur zum Theil solvent ist, wie denn auch unter Umständen für den Anwalt unverhältnißmäßige Nachtheile aus einem im Allgemeinen doch nicht unverzeihlichen Versehen erwachsen können.

3) Der Haupteinwand, welchen man der Verbindlichkeit des fraglichen Conclusums, sobald man dessen gesetzliche Kraft läugnet, entgegenhält, daß nämlich das römische Recht direct entgegenstehende Bestimmungen enthalte, ist nicht von Erheblichkeit, da es selbst nach streng rechtlichen Principien nicht unge-

Digitized by Google

rechtfertigt ist, die römischen Bestimmungen außer Augen zu lassen, weil

a) dieselben Ausfluß eines Principes sind, welches in Deutschland nie Eingang gefunden hat und eben deßhalb die Verbindlichkeit der Consequenzen, welche als conditio sine qua non die Aufnahme des Princips voraussetzen, nicht angenommen werden kann. Thibaut Pandekten §. 39;

b) weil durch Creirung eines eigentlichen Procuratorenstandes ganz andere Verhältnisse, als bei den Römern, eingetreten sind, welche die Anwendung von dem römischen Recht unabhängiger Principien rechtfertigen;

c) weil, mindestens was Versäumnisse der Anwälte anlangt, die generalis clausula einen gesetzlichen Restitutionsgrund hierher abgibt, da die Versäumniß der betr. Handlung durch den Anwalt von dem Standpunkt der Parthie betrachtet als eine entschuldbare Ursache des Unterbleibens sich darstellt.

4) Die Mehrzahl der Rechtslehrer hat sich für die hier vertheidigte Ansicht erklärt.

5) Unter keinen Umständen wird man sich zu der Ansicht derjenigen bekennen dürfen, welche Restitution gegen Versehen des öffentlichen Anwalts gänzlich versagen, da das Conclusum mindestens soviel unzweifelhaft beweist, daß schon damals der Gerichtsgebrauch sich für die Gewährung der Restitution bei der Insolvenz des Anwalts fest ausgesprochen hatte und nur über die Vorbedingung noch gestritten wurde. —

Es erübrigt die Frage, wie das Verschulden des öffentlichen Anwalts geartet sein müsse, um zur Restitution zu führen. Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß nur ein solches Verschulden, welches den Anwalt nach den Grundsätzen des Mandats einer förmlichen Regreßklage aussetzen würde, zur Restitution führen kann. Dabei ist selbstverständlich nicht nur auf die eigenthümliche Ausbildung, welche das Clientelverhältniß durch Gesetze und reglementäre Vorschriften im Allgemeinen erhalten hat, sondern namentlich auch auf die Gestaltung des gerade vorliegenden Mandats-

Digitized by Google

verhältnisses, insbesondere darauf zu achten, ob die Parthie etwa dem Anwalt die Prozeßführung ganz nach Gutdünken überlassen, oder ob sie sich — wofür die Regel spricht — jeweilige Instruction vorbehalten und beziehungsweise ob sie solche wirklich ertheilt hatte. Die Restitution wird um so leichter zu ertheilen sein, je klarere und wichtigere Pflichten der Anwalt bei Abgabe der lädirenden Erklärung außer Acht gelassen hat und die Parthie wird namentlich dann regelmäßig Anspruch auf Hilfe haben, wenn der Anwalt die betr. Erklärung entweder geradezu gegen die ertheilte Instruction oder doch ohne solche abgegeben hat, während er nach Lage der Sache (z. B. bei Haupt-Handlungen) vermöge seiner Pflichten solche hätte einholen müssen [2]) [3]).

---

[2]) Diese Grundsätze sind analog auch auf Armen clientelen anzuwenden.

[3]) In den Relationen des O.A.Gs. in D. findet sich vielfach die Ansicht ausgesprochen, daß beim Mangel gesetzlicher Bestätigung des Conclusums des R. K. Gs. das römische Recht nicht als modificirt anzusehen, also in Hessen die Restitution insoweit ausgeschlossen sei, als nicht das römische Recht und Particulargesetze solche ausdrücklich statuirten. Die Particulargesetze (VO. v. 11. Januar 1812 u. Ges. v. 1. Mai 1830) seien nun aber dahin auszulegen, daß regelmäßig nur gegen Unterlassungen des Anwalts und auch gegen diese nur dann restituirt werden könne, wenn es sich um Versehen in formalibus (im Gegensatz zur materiellen Rechtswahrung) handle. Diese Auffassung ist indessen nicht zu billigen. Das gemeine Recht ist in der im Context erörterten Weise aufzufassen. Die Particulargesetze, welche allerdings nur von Unterlassungen sprechen, aber Restitution gegen Verletzungen durch positive Handlungen keineswegs ausdrücklich ausschließen, sind als Erläuterung und Präcisirung des gemeinen Rechts zu nehmen, welche die subsidiäre Anwendbarkeit des letzteren um so weniger ausschließen können, als kein innerer Grund vorliegt, die vorliegende Restitution in ihrer Wirkung auf Läsionen durch Unterlassungen zu beschränken, da bei Verletzungen durch positive Handlungen sowohl Verschuldung des Anwalts, wie Läsion, die höchste Potenz erreichen können und es überdieß häufig lediglich vom Zufall abhängt, ob die Verschuldung des Anwalts sich in positivem Thun oder in Unterlassen äußern wird. Die fragliche Auffassung ist denn auch keineswegs ausnahmslose zur Anwendung gekommen. So wurde

Digitized by Google

Gründe gegen Nachtheile, die durch Unterlassen entstanden sind.

§. 42.

1. Entschuldigendes Hinderniß.

(Absentia & generalis clausula.)

Ist einer Parthie durch Unterlassung einer erheblichen Handlung ein Nachtheil entstanden, so hat diese Unterlassung häufig ihren Grund in einem äußeren factischen oder auch inneren Hinderniß, welches der Parthie es geradezu unmöglich machte, die von ihr vorzunehmende Handlung zu vollziehen (Abwesenheit, Krankheit, Nichtkennen des betr. Vorbringens u. s. w.). In einem solchen Falle die angedrohten Rechtsnachtheile zu verwirklichen, ohne der Parthie die Möglichkeit zu geben, nachmals jene Nachtheile zu beseitigen, würde eine augenfällige Härte enthalten. Aus diesem Grunde hat denn auch schon das römische Recht ausdrücklich verschiedene factische Umstände aufgeführt, bei deren Vorhandensein die betr. Unterlassung als entschuldbar angesehen und demgemäß die Parthie mit der ver-

---

z. B. wegen eines Versehens des Anwalts in formalibus auch gegen positive Handlungen restituirt (In S. der Testamentserben der Hofintendanten Rosenberg Wtw. zu Mörfelden ca. Wtw. des Schneiders Arras in D. z. S. d. L. ca. abgesch. Ehefrau des Sattlers Rudrauf das. 1818 hatte der Anwalt eine bereits interponirte Appellation fallen lassen und dafür außerg. Beschwerde angebracht, welche letztere aber, weil die beschw. Verf. eine eigentliche Sentenz war, verworfen wurde; der Parthei wurde gegen das Fallenlassen der Appellation Rest. ertheilt), und in einer in allerneuster Zeit abgeurtheilten Sache wurde dem Beklagten die gegen rechtskräftiges Urtheil erbetene Restitution gegen positive Zugeständnisse seines Anwalts unter der Voraussetzung des Nachweises ertheilt, „daß der frühere Anwalt gegen die ihm ertheilte Instruction in der Erklärung auf die Klage zugestanden habe, daß die — der Klagrechnung beigesetzten Preise übereinkunftsgemäße, gewöhnliche und werthentsprechende seien." Vgl. den Rechtsfall Schaller und Lessing ca. Dermer 1864, mitgetheilt im Arch. f. pr. RW. N. F. II S 204. S. auch Bel. 38.

Ueber die oben alleg. Particulargesetze und die Rechtsprechung des O.A.Gs. vgl. namentlich auch §. 52 Note 7.

Digitized by Google

säumten Handlung noch zugelassen werden soll [1]). Als einen der wichtigsten dieser Umstände hebt das römische Recht die Abwesenheit in ihren verschiedenen Möglichkeiten hervor. Daher führt die hier in Rede stehende Restitution, neben dem Namen rest. majorum, auch häufig den Namen Rest. wegen Abwesenheit. Damit ist indessen nicht gesagt, daß die Römer diese Restitution lediglich auf die Abwesenheit in ihren verschiedenen Möglichkeiten beschränkt hätten. Denn nicht nur, daß das Edict des Prätors neben den Fällen eigentlicher Abwesenheit auch noch andere Verhinderungsursachen aufführt, so bezeichnete sogar der Prätor durch Zufügung einer generellen Clausel die fragliche Restitution ausdrücklich als eine dehnbare, indem er sich vorbehielt, nach Analogie der Restitution wegen Abwesenheit in allen Fällen zu restituiren, wo Jemand durch ein entschuldbares Hinderniß von Vornahme der betr. Handlung abgehalten und so in Nachtheil gekommen sein sollte [2]). Demgemäß haben schon die römischen Juristen in vielen Fällen, welche nicht ausdrücklich im Edict aufgeführt waren, die Restitution wegen Abwesenheit analog angewandt und auch heutzutage ist jene Restitution keine geschlossene, vielmehr findet sie in allen Fällen statt, wo, in ächter Analogie mit dem Edict, die Billigkeit ein äußeres Hinderniß als die Unterlassung entschuldigend erkennen läßt [3]).

---

[1]) Die Anwendbarkeit der fraglichen Umstände bezog sich natürlich auch auf außerprozessualische Unterlassungen.

[2]) Früher wurde die Generalclausel so aufgefaßt, als habe sich der Prätor damit ganz allgemein und ohne alle Beschränkung die Ertheilung der Restitution für vorkommende Fälle jeder Art vorbehalten. Diese Ansicht wurde berichtigt durch Francke: Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien S. 64. „Ueber den Umfang der in integrum restitutio wegen Abwesenheit, ex generali clausula und wegen Irrthums," welcher nachwies, daß die Generalclausel sich nur auf Verletzungen durch Unterlassungen und auch nur auf solche bezieht, bei welchen eine ächte Analogie mit der rest. propter absentiam zur Restitutionsertheilung auffordert. Seitdem kann diese Ansicht als unbestritten angesehen werden. Vgl. Puchta Pandekten §. 104 und Vorlesungen ibid., Savigny System VII §. 325.

[3]) Die Hess. VO. v. 11. Januar 1812 Art. 9 und das Hess. Gesetz v. 1. Mai 1830 Art. 10 sprechen gleichlautend von „wahrhaft erheb-

Digitized by Google

Um für die analoge Anwendung festen Fuß zu gewinnen, ist es erforderlich, die Fälle aufzuführen, in welchen schon das Edict des Prätors die Restitution verhieß, und diejenigen anzureihen, in welchen die römischen Juristen die Analogie gelten ließen. Dabei sind der klareren Einsicht halber zu trennen: Verhinderungsursache in der Person des Verletzten, Verhinderungsursache in der Person des Gegners, sonstige Verhinderungsursache. Im Anschluß an erstere wird zugleich die Frage, inwiefern wegen Irrthum und Unwissenheit restituirt wird, wenn diese Umstände verletzende Unterlassungen zur Folge gehabt haben, die ihr gebührende selbstständige Berücksichtigung finden.

§. 43.

a. Verhinderungsursache in der Person des Verletzten.

Nach dem Edict des Prätors [1]) sollten Unterlassungen entschuldigt werden, wenn der durch die Unterlassung Beschädigte

1) aus gerechter Furcht oder in Staatsangelegenheiten abwesend,
2) seiner Freiheit beraubt (einerlei ob verschuldet oder unverschuldet),
3) in Sclaverei,
4) in Feindesgewalt war.

Nach den Entscheidungen der römischen Juristen soll Restitution stattfinden:

5) wenn Soldaten im Dienste sind und in Folge hiervon etwas versäumt haben; sie gelten als abwesend, auch wenn sie zu Hause sind.

   l. 7. l. 34. pr. l. 35 §. 4. D. ex quib. caus. (4. 6.); vgl. jedoch auch l. 20. §. 2. D. 49. 1.

6) dieser Restitution werden auch die Frauen der Soldaten theilhaftig erklärt, wenn sie die Abwesenheit ihrer Männer theilen;

   l. 1. 2. C. de ux. mil. (2. 52).

---

lichen Ursachen, welche den Auflagen Folge zu leisten verhindert haben."

[1]) l. 1. §. 1 ex quib. caus. (4. 6.).

Digitized by Google

7) als gerecht abwesend gelten auch die fisci patroni und procuratores Caesaris, l 33. D. 4. 6. l. 35. §. 2. eod., sowie die legati civitatum. l. 8. l. 26. §. 9. l. 35. §. 1. l. 42. D. 4. 6. c. 1. C. 2. 54; ebenso

8) derjenige, welcher sein Domicil studiorum causa verlassen hat; l. 28. pr. D. 4. 6.

9) wer behufs Ablegung eines Zeugnisses an einen andern Ort geladen ist; l. 26. §. 9. D. eod.

10) die relegati und deportati (zur Strafe Verbannten); l. 26. §. 1. eod. l. 40. §. 1. eod.

11) wer sich unter Bürgschaftsleistung verpflichtet hat, einen bestimmten, außerhalb des Wohnorts liegenden Ort nicht zu verlassen; l. 28. §. 1. D. eod.

12) wer durch eine Trauerbotschaft verhindert ist, die betr. Handlung vorzunehmen; l. 1. §. 2. D. 2. 10.

13) wer durch den dolus eines Dritten am Erscheinen vor Gericht gehindert wurde; l. 3. §. 1. D. 2. 10. [2]).

14) wer durch Krankheit oder sonstige körperliche Verhältnisse gehindert ist; in ersterer Hinsicht entschuldigt jedoch nur ein s. g. morbus sonticus l. 2. §. 3. D. 2. 11; auch Schwangerschaft kann einen Restitutionsgrund abgeben, l. 2. §. 4. eod.

15) die Erben können Restitution erlangen, wenn der Erblasser durch den Tod an Vornahme der betr. Handlung gehindert wurde; l. 86. pr. D. 29. 2.

Viele dieser Restitutionsfälle beziehen sich ausdrücklich auf den Prozeß, andere beziehen sich zwar auf civilrechtliche Verhältnisse, ihre Anwendbarkeit auf den Prozeß kann aber schon aus allgemei-

---

[2]) Diese Stelle kann sich sowohl auf einen dolus, der ein äußeres factisches, als auf einen solchen, der ein inneres Hinderniß (Irrthum) erzeugte, beziehen. Vgl. auch §. 29 Note 2.

Digitized by Google

nen Gründen, noch mehr aber deßhalb nicht beanstandet werden, weil schon das römische Recht gerade bei prozessualischen Versäumungen eine besonders milde Behandlung eintreten ließ. Belege für diese besondere Milde bieten der erhebliche Einfluß, welchen man dem im Civilrecht im Allgemeinen unwirksamen Irrthum einräumte, §. 28, besonders aber l. 7. pr. D. de in integr. (4, 1.) in den Worten: etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est [3][4][5]).

Die Praxis erkennt denn, in Anwendung dieser Regel, einen Restitutionsgrund namentlich auch dann an, wenn Jemand durch Armuth oder Geldmangel an Verfolgung seines Rechts gehindert worden ist [6]).

Glück §. 472 Note 90.

Danz ord. Proz. §. 40 Note l.

Leyser Sp. 69 M. 5.

Eine casuistische Aufzählung der Umstände, in welchen die Praxis auch sonst noch ein erhebliches Hinderniß erblickt, ist selbstverständlich unmöglich [7]).

[3]) Divinus Antonius Marcio Avito Praetoni de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: etsi — est; itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronunciatum est, confestim autem pro tribunali te sedentem adiit, existimari potest, non sua culpa sed parum audita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest.

[4]) Savigny l. c. S. 197.

[5]) Ueber die bekannte Streitfrage, ob die Abwesenheit, wenn sie zur Restitution führen solle, nothwendig oder löblich sein müsse, vgl. Savigny l. c. S. 174, welcher dieselbe dahin beantwortet, daß die Abwesenheit um so eher zur Restitution führe, je nothwendiger und löblicher sie sei. Für den Prozeß ist die Frage ohne große Erheblichkeit.

[6]) Wenn z. B. die Parthie außer Stand war, die Succumbenzgelder aufzutreiben und in Folge hiervon das Rechtsmittel desert geworden ist. Hier wird selbst eine Parthie, welche nicht gerade zum Armenrecht qualificirt ist (eine Armenparthie ist ohnehin von der Hinterlegung befreit), Restitution erlangen können.

[7]) In S. der Ehefrau des Ph. Reinhard in Lampertheim ca. die Testamentserben des F. J. Reubold in Michelstadt, Bekl. hat das O.A.G.

Digitized by Google

Daß das Hinderniß, um zur Restitution zu führen, mit der Läsion im Causalverhältniß stehen müsse und eine Restitution daher nicht ertheilt werde, wenn die Läsion, trotz des concreten Hindernisses, hätte vermieden werden können [8]), versteht sich schon nach allgemeinen Grundsätzen (§. 21) von selbst, es werfen sich aber gerade hier zwei besonders wichtige Fragen auf:

1) wie verhält es sich, wenn es sich um die Versäumung einer Prozeßfrist handelt, das Hinderniß aber nur während eines Theils der Frist gedauert hat?
2) kann Restitution ertheilt werden, wenn die Läsion durch einen Procurator hätte vermieden werden können?

Zu 1 ist richtiger Ansicht nach der einfache Grundsatz aufzustellen, daß die Restitution nicht ertheilt werden kann, wenn das Hinderniß so zeitig wegfiel, daß die betr. Handlung noch vorgenommen oder wenigstens ein Fristgesuch noch eingereicht werden konnte. War ein Fristgesuch gesetzlich überhaupt unstatthaft (wie bei Fatalien), so hindert jedoch die Nichteinreichung eines Fristgesuchs die Restitution selbstverständlich nicht. Hat das Hinderniß erst den letzten Theil der Frist betroffen, so ist die Restitution zu gewähren, insofern in dem betroffenen Theile die Handlung noch hätte vorgenommen oder ein Fristgesuch noch hätte eingereicht werden können. Andernfalls ist sie zu versagen [9]). Vgl. Widenmayer l. cit. S. 19.

---

durch Verf. v. 27. Febr. 1864 ausgesprochen, daß, wenn auch im Allgem. durch stattgehabte Einleitung von Vergleichsverhandlungen ein Restitutionsgesuch nicht begründet werden könne, doch im concreten Falle Rest. gegen den Ablauf der O.A.Rechtfertigungsfrist zu ertheilen sei, weil bescheinigtermaßen mit zwei der Beklagten ein Vergleich wirklich zu Stande gekommen und das Bewegen der mitbeklagten Reubolds Wtw. zum Vergleiche von deren Miterben in Aussicht genommen gewesen sei.

[8]) Hat der Gehinderte das Hinderniß selbst schuldvoll veranlaßt, so findet eben so wenig Restitution statt. Vgl. Widenmayer die W. E. i. d. v. St. S. 17.

[9]) Die Praxis ist in der Ertheilung viel zu lax. Obige Grundsätze sollten — billiges Ermessen nicht ausgeschlossen — viel strenger beobachtet werden.

Digitized by Google

Zu 2. Diese Frage, welche sich natürlich auf dem ganzen Gebiete der Restitution aufwirft, hat sehr verschiedene Beantwortung gefunden [10]). Hier sei nur von ihrer prozessualischen Bedeutung die Rede und in dieser Hinsicht muß man unterscheiden:

a) Hat eine Parthie für den Rechtsstreit (schon vor eingetretenem Hinderniß) einen Procurator bestellt, so ist dieser nicht sowohl berechtigt, als auch verpflichtet, alle nöthigen und möglichen Prozeßhandlungen vorzunehmen. Daher kann denn auch ein Hinderniß in der Parthie selbst nur in zwei Fällen zur Restitution führen, nämlich einmal, wenn die concrete Prozeßhandlung ausnahmsweise gerade von der Art war, daß sie nur von der Parthie in Selbstperson vorgenommen werden konnte (Eidesleistung), oder wenn sie zwar im Allgemeinen von dem Procurator hätte vorgenommen werden können, im concreten Fall aber das Hinderniß in der Parthie eo ipso auch die Unmöglichkeit des Handelns für den Procurator mit sich führte (die Parthie war an Ertheilung der Instruction gehindert) [11]);

In allen übrigen Fällen ist die Restitution zu versagen.

b) Hatte die Parthie einen Procurator zur Zeit des Hindernisses noch nicht bestellt, so wird in vielen Fällen das Hinderniß, welches die Parthie an Vornahme der betr. Prozeßhandlung hinderte, die Parthie eo ipso auch entschuldigen, daß sie einen Procurator nicht bestellte, und in diesem Falle erledigt sich die Sache von selbst [12]). Andere Fälle können

---

[10]) Ueber die Frage überhaupt vgl. Savigny l. c. S. 176.

[11]) Hat der Procurator von dem Hinderniß so zeitig Kenntniß erhalten, daß noch um Fristerstreckung oder Terminsverlegung hätte gebeten werden können, so kann, streng genommen, die Restitution auf das Hinderniß allein hin nicht gesucht werden. Bickell l. c.

[12]) In S. Schmuttermeier von Heppenheim ca. Marx Löb Mainzer Erben relevirte das O.A.G. in D., daß die Krankheit, welche die Parthie entschuldige, daß sie die betr. Prozeßhandlung nicht vorgenommen habe, sie auch entschuldigen müsse, wenn sie einen Procurator nicht bestellt habe. E. v. Dez. 1830.

Digitized by Google

so geartet sein, daß die Parthie das Hinderniß schon im Voraus und so zeitig kommen sah, daß sie füglich um Fristerstreckung oder Terminsverlegung hätte bitten können, und daß sie, wenn sie dies unterlassen hat, auf ihre eigne Verschuldung hingewiesen werden kann. Wieder andere Fälle werden von der Art sein, daß die betr. Handlung überhaupt nur durch die Parthie selbst vorgenommen werden kann und also unsere Frage keinen Gegenstand hat. So bleibt denn schließlich einzig und allein die Frage übrig, ob eine Parthie, welche mit Gewißheit ein Hinderniß kommen sieht und darauf hin Fristerstreckung oder Terminsverlegung nicht oder nicht mehr erlangen kann (z. B. bei Fatalien), verbunden sei, durch Bestellung eines Procurators den Eintritt der Läsion zu verhindern? Diese Fälle werden überhaupt nur selten vorkommen und obige Frage hat daher hierher ohnehin wenig Erheblichkeit. Sie wird aber sicherlich verneint werden müssen, weil allgemeine Prozeßgrundsätze der Parthie das Recht geben in Selbstperson zu handeln und kein Gesetz vorliegt, welches die Parthie ausnahmsweise zur Annahme eines Procurators nöthigte [13]). Wir müssen dieß um so mehr annehmen, als die Annahme öffentlicher Procuratoren mit erheblichen Kosten verknüpft ist, gegen Versehen von Privatmandatarien aber Restitution nicht stattfindet.

§. 44.

Irrthum und Unwissenheit.

Eine der wichtigsten Fragen im Gebiet der prozessualischen Restitution ist die, in wiefern Verletzungen durch Unterlassungen, welche Folge von Irrthum oder Unwissenheit waren, geheilt werden

---

[13]) In der vorher alleg. Rechtssache wurde namentlich auch erörtert, daß die Parthieen bei den Untergerichten in Selbstperson handeln sollen und daß sie folgeweise auch ein Recht hierauf und nicht die Pflicht hätten, ihre Rechtsvertheidigung einem Anderen anzuvertrauen.

Digitized by Google

können. Es wurde insofern schon früher hervorgehoben, daß das römische und ebenso das canonische Recht den Satz aufstellten, daß ein entschuldbarer Irrthum durante processu der Parthie nicht schaden solle [1]), daß aber dessen Wirkung ausgeschlossen sei, sobald rechtskräftiges Enderkenntniß vorliege. Nur dann sollte auf Grund eines Irrthums auch gegen Endurtheil restituirt werden, wenn dieses auf einen nothwendigen Eid gebaut war und der unterlegene Theil nach dem Urtheil Kenntniß von der Existenz früher nicht gekannter Beweismittel erhielt [2]). Hier wurden nämlich letztere noch zugelassen und das Verfahren erneuert. Die wesentlichste Aenderung dieses Verhältnisses trat aber ein durch das Reichsrecht. Dieses brachte nämlich durch Gemein-Bescheid vom 7. Juli 1669 zwei Sätze von entscheidender Erheblichkeit zur Geltung, nämlich:

1) daß auch nach rechtskräftigem Enderkenntniß Restitution wegen Irrthum und Ignoranz ertheilt werden solle,
2) daß nicht einmal ein eigentlicher Irrthum, wie ihn das römische Recht scharf charakterisirt hatte, zur Restitutionsertheilung erfordert sein, sondern daß es schon hinreichen solle, wenn die Parthie das Vorbringen von thatsächlichen Verhältnissen oder das Einbringen von Urkunden deßhalb unterlassen habe, weil sie es „zur Sache dienlich nicht vermeint" hatte.

Die Wichtigkeit des genannten Gemein-Bescheids erfordert dessen eingehende Erörterung. Derselbe bestimmt, soweit hier erheblich, wörtlich:

„Als ist hiermit der ernstliche Befehl an alle Advocaten und Procuratoren, daß sie sich ins künfftig solcher unordentlicher Mißbräuch gänzlich enthalten und in denen Fällen, wo gegen

---

[1]) Daher konnte eine Parthie früher nicht gekannte thatsächliche Einreden und Beweismittel in jedem Stadium des Prozesses noch geltend machen. Dies wird in Ansehung peremtorischer Einreden bestätigt von Gajus lib. IV. §. 125. Eine Ausnahme fand statt bei dilatorischen Einreden. Eine Coderstelle bedroht nämlich den Versuch der Einbringung einer solchen Einrede mit Strafe. l. 12. C. de exceptt. (8. 36). Zu Gajus Zeit war die Frage in Ansehung dilatorischer Einreden streitig. Vgl. Gajus loc. cit.

[2]) l. 31. D. de jurejur. (12. 2).

Digitized by Google

ausgesprochen Urtheil sie das Remedium r. i. i. Platz zu haben und die Sachen von Rechtswegen dazu genugsam qualificirt zu sein erachtet werden, nicht dasjenige so schon vorhero in facto et jure vorkommen, wiederholen, weniger einige ihrer Seits conjecturirt und eingebildete Rationes decidendi und deren Refutationes mit einmischen, sondern einzig und allein die in facto emergirende neue, dienlich und erhebende Umstände, oder zur Hand gebrachte Urkunden, Briefliche Schein und Documenta, in denen Handlungen, so sie deßhalb überreichen, kurz und nervose einführen und zugleich mit Special-Gewälten von ihren Principalen, zur Abstattung des Eides:

„„daß weder sie oder jetzt gedachte ihre Principalen und deren Advocaten von solchem neuen Einbringen vorhero einige Wissenschaft gehabt oder selbiges zu der Sachen dienlich zu sein nicht vermeint,““

in jeder Zeit gefaßt erscheinen."

Er gestattet also die Einbringung neuen Prozeßmaterials auf zwei Gründe hin:

I. auf den Umstand, daß die Parthie früher (vor dem Urtheil) von dem neuen Einbringen keine Kenntniß gehabt habe (ignorantia);

II. auf den Umstand, daß die Parthie dasselbe vor dem Urtheil einzubringen dienlich nicht erachtet habe (irrige Beurtheilung).

I. Ignorantia.

Dieser Umstand soll nur dann zur Restitution führen, wenn es sich

1) um „in facto emergirende Umstände" oder „zur Hand gebrachte Urkunden, briefliche Schein und documenta" handelt; wenn
2) Implorant dieselben vor dem Urtheil nicht gekannt hat;
3) die Thatsachen und Urkunden „neu" und
4) „dienlich und erhebende" sind.

Digitized by Google

Ist die ignorantia aber so qualificirt, so geht sie gegen jedes selbst rechtskräftige Urtheil.

Von jenen Requisiten enthalten nun diejenigen sub 3 und 4 offenbar nur die Bestätigung ganz allgemeiner Grundsätze, denn die Erheblichkeit und die Neuheit des mit der Restitution, einzubringenden Materials ist Vorbedingung jeglicher Restitution und zudem schließt der Restitutionsgrund des Nichtwissens ohnehin alles Material von selbst aus, was schon in den Acten verhandelt worden ist, ist also ohne neue (d. h. früher in den Acten nicht ventilirte) Umstände ganz undenkbar. In der That ist aber auch das zweite Requisit nur die legislatorische Anerkennung des aus allgemeinen Grundsätzen folgenden Princips, daß ein Irrthum nur dann gegen ein Urtheil relevirt werden könne, wenn er bis zu demselben oder über dasselbe hinaus gedauert habe. §. 21. Und ebenso enthält das erste Requisit, da ihm zu Folge nur eine solche ignorantia berücksichtigt werden soll, welche sich auf thatsächliche Umstände oder die Existenz von Urkunden bezieht, lediglich die Bestätigung des allgemeinen Princips, daß überhaupt nur eine ignorantia facti zur Restitution führen soll [3]).

Beim Licht betrachtet hat also der fragliche Gemeine Bescheid bezüglich des hier in Rede stehenden Restitutionsgrundes das bestandene Recht im Allgemeinen lediglich bestätigt und nur das ist eine Neuerung, daß die ignorantia facti gegen rechtskräftige Entscheidungen jeder Art, also namentlich auch gegen Endurtheile wirken soll [4]). Die Wichtigkeit gerade dieser Bestimmung erfordert aber eine nähere Untersuchung der Frage, welche einzelne Angriffs- und Vertheidigungsmomente auf den Grund der ignorantia facti zugelassen werden können.

Aus dem Princip des factischen Irrthums überhaupt folgt:

a) daß alle Einreden, Repliken u. s. w. ausgeschlossen sind,

---

[3]) Darüber, daß man aus den Worten „in facto erheblichen Umständen" eine eigne Art der Restitution hat construiren wollen, vgl. §. 12 Note 3.

[4]) Neu aufgefundene Beweismittel insbesondere sollen nicht bloß dann gegen Endurtheil zulässig sein, wenn dieses auf einen nothwendigen Eid gebaut ist.

Digitized by Google

deren Nichtkenntniß auf eine Rechtsunwissenheit zurückgeführt werden kann, namentlich also diejenigen, welche sich eigentlich nur aus der Anwendung eines Rechtssatzes ergeben, wie z. B. die exceptio SCti Macedoniani, excussionis, cedendarum actionum [5]), non numeratae pecuniae. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt jedoch ein, wenn der Rechtsirrthum nach allgemeinen Principien entschuldbar ist, wie z. B. bei der Nichtkenntniß eines fremden, particulären Rechts [6]), oder wenn gewisse Personen bestimmte Privilegien genießen, wie die Frauen bei der exceptio SCti Vellejani [7]). §. 24. 25.

b) Handelt es sich dagegen um die Nichtkenntniß thatsächlicher Verhältnisse [8]), so ist die Restitution statthaft, sofern diese Verhältnisse das Fundament einer Einrede u. s. w., sei es im ersten oder im Beweisverfahren, abzugeben vermögen [9]) [10]).

c) Beweismittel können nur dann auf Grund der ignorantia eingebracht werden, wenn bei dieser eine wahre Nichtkenntniß eines thatsächlichen Verhältnisses concurrirt. Eine solche liegt aber nicht vor, wenn es sich um Nachbringung einer Expertise, resp. Benennung eines Sachverständigen, Zuschiebung eines Eides oder Berufung auf richterlichen Augenschein handelt, weil hier nur Rechtsunkenntniß die Ursache

---

[5]) Ein Restitutionsgesuch eines Frauenzimmers contra rem jud., gestützt auf frühere Nichtkenntniß des beneficium ced. act. und die angebl. Privilegien der Frauen wurde vom Hofg. in D. u. O.A.G. verworfen, weil es sich um Rechtsunkenntniß drehe und das Privileg der Frauen sich nicht auf jenes beneficium beziehe. Vgl. §. 25. Note 3.

[6]) Vgl. §. 24 Note 3.

[7]) Vgl. §. 25 Note 3.

[8]) Restitution wegen neuer Einreden, die sich auf thatsächliches Material stützten, wurde z. B. ertheilt in S. Korfmann ca. Janus. O.A.GsC. v. 22. Juni 1858. Beleg 13.

[9]) Ueber die analoge Ausdehnung dieser Restitution auf positive Handlungen (Geständnisse) vgl. §. 28 Nr. 3. S. 79.

[10]) Ueber den Einfluß des Umstandes, daß der Anwalt der Parthie die nova kannte, während sie der Parthie unbekannt waren. §. 50.

Digitized by Google

der Versäumung sein kann. Es bleiben daher nur übrig: Urkunden und Zeugen. Die ersteren sind im Gem. Bescheid ausdrücklich benannt, die Zulässigkeit der letzteren ist durch Doctrin und Praxis ergänzend ausgesprochen worden [11]).

Bei Auslegung der Vorschrift des G. B's., wonach Implorant beeidigen soll, daß er von dem neuen Einbringen vor dem Urtheil keine Kenntniß gehabt oder ꝛc., wirft sich die Frage auf, welcher Zeitpunkt hiermit gemeint sei, ob namentlich dann, wenn in appellatorio Urtheil ergeht, das erstinstanzliche, oder das Urtheil des höheren Richters, und ob selbst bei eingetretener Rechtskraft des betr. Erkenntnisses nur der Erlaß des Urtheils an sich maßgebend sei? Erwägt man, daß die Appellation nur den Zweck hat, untersuchen zu lassen, ob der judex a quo richtig geurtheilt habe, so wird man die erste Frage unbedenklich dahin beantworten, daß nur der Erlaß des erstinstanzlichen Urtheils maßgebend sein könne, nicht dasjenige der höheren Instanz, sei es auch reformatorisch;

---

[11]) An dem Restitutionsgrund der ignorantia hat das Hessische Recht wesentlich Nichts geändert. Art. 3 der VO. v. 12. April 1806 bestimmt zwar:

> Der Implorant soll jedesmal, ehe auf die von ihm beigebrachte Nova die Restitution erkannt wird, den Restitutionseid ablegen, jedoch künftig nicht mehr nach der bisher üblich gewesenen Formel, sondern dahin
>
> „daß er vor der richterlichen Entscheidung von dem neuen Einbringen Nichts gewußt, oder wenn ihm solches bekannt gewesen, daß er es angewandter Mühe und Fleißes ungeachtet nicht habe herbeischaffen können,"

und ändert also den gemeinrechtlichen Restitutionseid. Diese Aenderung bezieht sich aber nicht auf die erste Alternative, sondern beseitigt nur das Nichtdienlicherachten durch Substituirung einer anderen Alternative. Vgl. §. 47 Nr. 3.

Daß die Zulassung zum Eide bei grober Nachlässigkeit bezüglich des Nichtwissens nicht stattfinde, ist schon oben bemerkt. §. 24. Darüber, daß der Mangel der culpa bei der ignorantia nicht bescheinigt resp. beeidigt zu werden braucht, vgl. E. O.A.Gs. v. 18. Nov. 1852 in S. Breidenbach ca. Breidenbach.

Restitution wegen früher nicht gekannter Zeugen wurde ertheilt vom O.A.G. in D. in S. Korfmann ca. Janus. 1858. Beleg 13.

Digitized by Google

die zweite Frage erledigt sich aber einfach durch die Eigenschaft der Rechtskraft als eines präcludirenden Moments, welche jede Restitution ausschließt, welche früher legal hätte erbeten werden können und sollen. §. 6 Nr. III. §. 21 [12]).

II. Zur Sache dienlich nicht Vermeinen [13]).

Wer eine Thatsache oder ein Beweismittel „zur Sache nicht dienlich" hält, der muß die Thatsache oder das Beweismittel an sich kennen, und es schließt daher obiger Restitutionsgrund die ignorantia (das einfache Nichtkennen) von selbst aus. Es schließt aber jener Restitutionsgrund ferner keineswegs den Fall in sich, wo Jemand zwar die Dienlichkeit einer Thatsache oder Urkunde kennt, diese aber deßhalb beizubringen unterläßt, weil er die Prozeßlage falsch beurtheilt (denn hier hält er jene nur für nicht nöthig); es gehört vielmehr einzig der Fall hierher, wo eine falsche Beurtheilung der Thatsache oder der Urkunde vorliegt, und insofern ist der vorliegende Restitutionsgrund eine eigenthümliche Species des Irrthums.

Diese Species des Irrthums soll nun unter denselben Voraussetzungen zur Restitution führen, wie die sub I erörterte Ignorantia. Es leuchtet aber von selbst ein, daß eine derartige Restitution eine sehr exorbitante Natur hat, und daß sie daher über das gesetzliche Gebiet

---

[12]) Das O.A.G. in D. hat die Worte der VO. vom 12. April 1806 „vor der richterlichen Entscheidung" bei einem contra rem judicatam gerichteten Restitutionsgesuch dahin verstanden, daß die Nichtkenntniß bis zur eingetretenen Rechtskraft beeidigt werden müsse. Vgl. Korfmann ca. Janus 1858. In S. Breidenbach ca. Breidenbach sind sie dahin ausgelegt worden, daß das erstinstanzliche Urtheil maßgebend sei. Uebrigens war in dieser Sache das erstinstanzliche Urtheil in den oberen Instanzen aufrecht erhalten worden und die Entscheidungsgründe relevirten namentlich diesen Umstand. E. vom 18. Nov. 1852.

[13]) Das Hessische Recht kennt diesen Restitutionsgrund nicht mehr. Die zweite Alternative des gemeinrechtlichen Restitutionseides ist gestrichen resp. geändert. §. 47 Nr. 3.

Digitized by Google

nicht auszudehnen, vielmehr auf die im Gesetze ausdrücklich benannten „Thatsachen" und „Urkunden" (mit Ausschluß der Zeugen) einzuschränken ist [14]) [15]).

§. 45.

Die s. g. deutsch-rechtliche Restitution.

Der soeben erörterte Gemeine Bescheid war die Veranlassung, daß man den durch das römische und canonische Recht begründeten Restitutionen eine eigne Art der Restitution gegenüber stellte, die s. g. „deutsch-rechtliche Restitution" oder die „Restitution wegen neuen Vorbringens", gleich als ob die in dem Gemeinen Bescheid enthaltenen Bestimmungen nicht in das System der älteren Restitutionen eingefügt werden könnten. Die s. g. deutsch-rechtliche Restitution hat man zugleich vorzugsweise als Remedium restitutionis bezeichnet oder sie sogar mit diesem identificirt. Diese Art der Gegenüberstellung hat ihren Grund in der eigenthümlichen Fassung jenes Gem. Bescheids. Derselbe spricht zunächst von dem noch einzubringenden Material und fügt erst dann bei, daß dieses Material nur zulässig sein solle, wenn Implorant resp. dessen Procurator beschwöre, daß er das neue Einbringen früher nicht gekannt, oder es doch wenigstens zur Sache dienlich nicht vermeint habe. Diese Anordnung ging denn auch fast in alle Lehrbücher über. Stets findet man dort die Frage, welches Material nach dem Gem. Bescheid zulässig sei, zuerst und ohne eigentliche Rücksicht auf die causa restitutionis behandelt (es wird untersucht, welche Thatsachen und Beweismittel an sich zulässig seien) und erst dann und gewissermaßen beiläufig wird bemerkt, daß auch der Restitutionseid zu leisten sei. Diese Art der Behandlung ist indessen nicht zu billigen. Sie hindert die richtige Einsicht in das Wesen der im fraglichen Gem. Bescheid behandelten Restitution und folgeweise deren Einreihung in das System, und eben darin liegt auch der

---

[14]) Auf Verletzungen durch positives Thun ist der fragliche Restitutionsgrund unter keinen Umständen anzuwenden.

[15]) Auch hier darf den Imploranten keine Schuld treffen. Seufferts Arch. Bd. XV Nr. 175.

Digitized by Google

Grund, daß man bisher die s. g. deutsch-rechtliche Restitution als eine ganz eigne Art der Restitution behandelt hat, während der G. B. doch in Wahrheit nur die Erweiterung eines Restitutionsgrundes, beziehungsweise der Wirksamkeit desselben gegen Endurtheil zur Geltung gebracht hat.

Die richtige Art der Behandlung des Gem. Bescheids erfordert, daß bei demselben zunächst der Restitutionsgrund bestimmt und dann erst untersucht werde, welches Material auf diesen Grund hin eingebracht werden könne, sowie dies im vorigen §. geschehen ist. Es ergeben sich dann alle Resultate gewissermaßen von selbst, welche bei der anderen Behandlungsart nur unsicher und schwierig erlangt werden [1]). Der Haupteinwand, welcher jener Behandlung entgegengehalten werden könnte, ist der, daß der Restitutionseid eigentlich ein Calumnieneid sei und daß man deßhalb aus ihm keine eigentlichen Restitutionsgründe herleiten könne. Dieser Einwand ist aber genau besehen ohne alles Gewicht. Darüber sind alle Rechtslehrer einverstanden, daß der Umstand, daß ein Material neu, d. h. in den Verhandlungen noch nicht vorgekommen ist, an sich betrachtet [2]), niemals zur Restitution führen kann, sondern daß immer noch ein bestimmter Billigkeitsgrund hinzukommen müsse. Der Gem. Bescheid von 1669 findet diesen Grund nun darin, wenn entweder das Nichtwissen oder das Nichtdienlicherachten beeidigt wird;

---

[1]) Gerade dadurch, daß der im vorigen §. eingeschlagene Weg zu demselben Resultate führt, welches die allmählich geläuterte Doctrin und Praxis schließlich zum geltenden Recht gestempelt haben, erhält jene Behandlung zugleich eine indirecte Bestätigung.

[2]) Der Ausdruck neu wird in verschiedenen Bedeutungen gebraucht. Zunächst in dem eben erwähnten eigentlichen Sinn, sodann gleichbedeutend mit neu aufgefunden, wobei also zugleich immer an die frühere Nichtkenntniß gedacht wird, und endlich bei der Bezeichnung „Restitution wegen neuen Vorbringens" hat man alles Material im Sinn, was nach dem Gem. Bescheid von 1669 noch eingebracht werden kann. Die Anwendung in den beiden letzteren Richtungen ist ungenau und sollte namentlich in der letzten vermieden werden, da jede Restitution neues Vorbringen voraussetzt und also jener Ausdruck nicht dasjenige bezeichnet, was er bezeichnen soll.

Digitized by Google

ohne diesen Eid wird das neue Material nicht zugelassen. Eben deßhalb kann aber auch nicht beanstandet werden, daß das Nichtwissen und Nichtdienlicherachten die wahren Gründe der Restitution seien, und es ist offenbar nur ein Wortstreit, wenn man hier den fraglichen Eid anders ansehen wollte, als wenn ihn der Gem. Bescheid ausdrücklich als assertorischen bezeichnet hätte, denn der ausgeschworne Eid enthält implicite die Versicherung, mag man ihn nun assertorischen Eid nennen oder nicht [3]).

Betrachtet man nun aber die Bestimmungen des oft erwähnten Gem. Bescheids in der eben vertheidigten Weise, so springt der unmittelbare Zusammenhang der s. g. deutsch-rechtlichen Restitution mit der römischen restitutio ob ignorantiam und errorem ebenso klar in die Augen, als es gewiß ist, daß hier von einer eignen Art der Restitution aus dem alleinigen Grunde, daß der Gemeine Bescheid eidliche Versicherung des Restitutionsgrundes zuläßt resp. vorschreibt und nur einem solchen Irrthum Wirkung beimißt, welcher bis zum Urtheil angedauert hat, nicht gesprochen werden kann [4]).

Man hat die so eben behandelte Restitution auch die „Restitution wegen neuer Thatsachen und Beweismittel" ge-

---

[3]) Man kommt sonst zur Ansicht, daß die beschworne Formel mit dem wahren Sachverhalt gesetzlich im Widerspruch stehen dürfe, daß der Eid nur eine inhaltslose Formsache sei, der ins Blaue geschworen werde und auf welchen hin die Parthie sodann mit vollem Rechte alle nur erdenkliche nova in facto und Urkunden einbringen könne, ohne Rücksicht auf frühere Nichtkenntniß und früheres Nichtdienlicherachten.

[4]) Dafür, daß man in Hessen das Nichtkennen der Urkunden u. s. w. als eigentlichen Grund der Restitution ansieht, ließen sich zahlreiche Belege anführen. Am deutlichsten spricht aber dafür O.A.Gs.Präj. 162, wonach Implorant zum Eid bezüglich des Nichtwissens nicht zugelassen werden soll, wenn ihn eine grobe Nachlässigkeit bezüglich des Nichtwissens trifft. Diese Bestimmung ist mit der Natur eines Calumnieneides ganz unverträglich. Daß der hess. Restitutionseid „Bescheinigungsmittel" sei, geht aus Art. 4 der VO. v. 12. April 1806 klar hervor; vgl. auch Rel. O.A.Gs. in S. Werner ca. Feigel z. U. v. 9. Dec. 1846. Beleg 14. Gemeinde Engelrod ca. Kirchenkasten, Beleg 23.

Digitized by Google

nannt. Dieser Name ist völlig verwerflich. Abgesehen davon, daß schon der Ausdruck Restitution wegen neuer Thatsachen an sich ungenau ist und zu Mißverständnissen Veranlassung gibt (vgl. §. 12 Note 3), so bezeichnet jener Name die Restitution des Gem. Bescheids von 1669 weder vollständig, noch richtig. Der fragl. G. B. handelt von denjenigen gegen Urtheil gerichteten Restitutionen, bei welchen die Läsion in der Unterlassung erheblicher thatsächlicher Einreden, Repliken, Dupliken (im ersten oder Beweisverfahren) oder erheblicher Urkunden (Zeugen), die causa restitutionis aber darin besteht, daß Implorant die betr. Einreden ꝛc. oder Urkunden (Zeugen) entweder nicht gekannt oder nicht für dienlich erachtet hatte. Der obige Name drückt nun aber vor Allem

1) nicht aus, daß es sich hier um eine Restitution contra rem judicatam handelt, so daß also eine Restitution contra lapsum fatalium ebenwohl darunter begriffen werden könnte; sodann bezeichnet er

2) die Läsion insofern ungenau, als er von Beweismitteln schlechtweg spricht, während auf Grund des G. Bescheids nur Urkunden (bei der ignorantia auch Zeugen) eingebracht werden können; endlich läßt er aber

3) die causa restitutionis völlig unklar, denn der Ausdruck „neu" bezeichnet gerade in seiner eigentlichsten Bedeutung nichts anders, als „früher nicht vorgekommen", und er gibt daher zu dem doppelten Mißverständniß Veranlassung, als könnten auf Grund des G. Bescheids Thatsachen und Beweismittel lediglich auf Grund der Neuheit in diesem Sinne (also ohne Restitutionsgrund) eingebracht werden, und als seien neue Thatsachen und Beweismittel ein ausschließliches Criterium der in dem Gem. Bescheid behandelten Restitution, während doch ohne Restitutionsgrund keinerlei Restitution stattfindet, und neue Thatsachen und Beweismittel unzweifelhaft auch auf römisch-rechtliche Restitutionsgründe (Minderjährigkeit ꝛc.) hin eingebracht werden können [5]).

[5]) Man findet vielfach die Bemerkung, daß nova das characteristische Merkmal der s. g. deutsch-rechtlichen Restitution seien. Dies ist

Digitized by Google

§. 46.

b. Verhinderungsursache in der Person des Gegners.

Diese Art der Verhinderung, welche in der römischen Restitutionslehre von Bedeutung war [1]), ist in der heutigen Prozeßlehre völlig unpraktisch, indem sich die im Edict erwähnten Fälle wesentlich auf die heutzutage nicht mehr bestehende Prozeßverjährung beziehen, und die dort aufgeführte Abwesenheit des Gegners oder dessen Gefangenhaltung bei der unzweifelhaften Zulässigkeit öffentlicher Aufforderungen jetzt kein triftiges Hinderniß für die zu handeln verpflichtete Parthie mehr abgeben kann.

§. 47.

c. Sonstige Verhinderungsursache.

1) **Im Edict war nur der Fall aufgeführt, wo Jemand durch die Schuld des Gerichts am Handeln verhindert worden war. Es gehören hierher aber weiter die Fälle, wo unerwartete Gerichtsferien, Gerichtsstillstand, Tod oder Vertriebensein des Richters die Nichtvornahme der Handlung veranlaßt haben** [2]). l. 1. §. 1. l. 23. §. 4. D. 4. 6. l. 26. pr. §. 4 — 7. D. eod.

---

ganz unrichtig. Nova werden bei jeder Restitution, beruhe sie auf dem römischen oder deutschen Rechte, erfordert und zwar in ganz gleichem Maße. Die nova dienen nur zur äußeren Verkörperung der Läsion. Freilich muß hier der Ausdruck nova im strengsten Sinn und namentlich nicht gleichbedeutend mit noviter reperta genommen werden. In dem letzteren Ausdruck liegt implicite der Restitutionsgrund, vgl. Note 2.

[1]) Savigny l. c. §. 328.

[2]) Diesen Grundsätzen hat das Hofgericht in D. eine bemerkenswerthe Anwendung gegeben.

Nach der hess. Pr.O. I, Tit. 1 §. 8 soll der Richter den zu Protokoll handelnden rechtsunkundigen Beklagten zur ausdrücklichen speciellen Beantwortung aller in der Klage behaupteten Thatsachen gehörig anleiten. Das HofG. nimmt nun an, daß wenn der Richter diese Anleitung und der Beklagte in dessen Folge die specielle Beantwortung unterlassen hat, der Parthie Restitution gegen diese die Fiction einer affirmativen Einlassung mit sich führenden Un-

Digitized by Google

2) Hierher gehört weiter der auf Grund der generalis clausula von den römischen Juristen entschiedene Fall, wo Jemand durch äußere Naturereignisse (Schneefall, Ueberschwemmung) an einer Handlung gehindert worden ist.

l. 2 §. 3. D. 2, 11.

3) Eine besondere Betrachtung verdient der Fall, wo eine Parthie ein Beweismittel zwar kennt, aber wegen gewisser Hindernisse nicht herbeischaffen kann (die Urkunde ist in dritter Hand und der Dritte zur Edition weder verpflichtet, noch freiwillig bereit, der Zeuge ist abwesend). Fälle dieser Art sind unstreitig unter die generalis clausula zu subsumiren und es wurde daher nach römischem Recht auch während des Prozesses sicherlich Restitution ertheilt, insofern bei dem römischen Beweisverfahren überhaupt eine solche vorkommen konnte. Nach rechtskräftigem Endurtheil sollten indessen Beweismittel überhaupt nicht [2]), also auch auf jenen Grund nicht zugelassen werden. Die Praxis hat indessen diesen Grundsatz nach Analogie der in dem Gem. Bescheides von 1669 statuirten Restitution ignorirt und es werden daher jetzt Beweismittel auf jenen Grund hin auch nach rechtskräftiger Definitivsentenz zugelassen [3]) [4]).

---

terlassung ertheilt, d. h. der Beklagte noch nachträglich mit seiner negativen Litiscontestation zugelassen werden soll, weil hier die Unterlassung auf die Schuld des Gerichts falle. Notizenbuch Nr. 340. Vgl. auch §. 24 Note 5.

In S. Rothschild ca. Gemeinde Eppertshausen hatte Ersterer behauptet, daß er gegen den Bescheid des Landgerichts stante pede die Appellation interponirt habe, solches aber nicht protocollirt worden sei, und daher beim Hofgericht um Restitution gebeten, die auch von diesem Gericht, nachdem es zuvor die bei der Publication des Landgerichtsbescheids zugegen gewesenen Deputirten der Gemeinde eidlich hatte vernehmen lassen, demnächst zugleich mit einer reformatoria in der Hauptsache ertheilt wurde. Die Gemeinde ergriff hiergegen außergerichtliche Beschwerde, eventuell Nichtigkeitsbeschwerde, die aber im Febr. 1833 verworfen wurden.

[2]) c. 4 C. de re jud.

[3]) Riedesel Vorträge §. 58 S. 162.

[4]) Für Hessen ist insofern maßgebend die VO. v. 12. April 1806, Art. 3. Danach ist obige Art der Rest. ausdrücklich anerkannt. Darüber,

Digitized by Google

Als Requisite dieser Restitution müssen, von der Neuheit und Erheblichkeit der Beweismittel abgesehen, nach Analogie des Gem. Bescheides von 1669 angesehen werden:

a) daß die Unmöglichkeit der Herbeischaffung thatsächlich genau begründet werde;
b) daß es sich handle um Urkunden oder Zeugen (bei dem Eid, der Expertise, dem richterlichen Augenschein ist der Restitutionsgrund unplatzgreiflich);
c) dem Imploranten darf keine culpa bezüglich der Herbeischaffung zur Last fallen [5]);
d) die Unmöglichkeit muß bis zu dem Urtheil gedauert haben [6]).

Die thatsächlichen Verhältnisse, welche der Unmöglichkeit zu Grunde liegen, können nach erlassenem Urtheil nach Analogie des Gem. Bescheids von 1669 nur durch den Eid [7]), vorher beliebig [8]) bescheinigt werden.

Nur eine Unterart gegenwärtiger Restitution enthält der

---

daß der Beweisführer (Implorant) nicht nöthig hatte, derartige Beweismittel innerhalb der Beweisfrist wenigstens zu benennen, vgl. E. Hofgs. in G. v. 3. Mai 1863 in S. Hofmann ca. Aron v. Bobenhausen u. in S. Elias Meier v. Gießen ca. G. Fiedler v. Großen-Buseck v. 29. Oct. 1864. In der letzten Sache wurde das zu beeidigende Thema dahin gefaßt: „daß der Zeuge unbekannt wo abwesend und dem Producenten aller angewandten Mühe und Fleißes ohngeachtet nicht möglich gewesen, den Aufenthaltsort zu entdecken."

[5]) In Hessen muß der Implorant durch Eid bescheinigen, daß er das neue Einbringen „aller angewandten Mühe ohnerachtet" nicht habe herbeischaffen können. VO. cit. Art. 3. §. 44 Note 11.

[6]) In Hessen ausdrücklich anerkannt durch die VO. cit. Der Eid ist hierauf gerichtet.

[7]) In Hessen durch die VO. cit. vorgeschrieben.

[8]) Anerkannt vom O.A.G. in S. Pfannenstiel ca. Moses Aron durch Erk. v. 14. Oct. 1823. Es wurde erkannt, Oberappellat sei schuldig zu bescheinigen oder eidlich zu erhärten, daß er die fragliche Urkunde erst nach dem Beweistermin aufgefunden, auch solche aller angewandten Mühe und alles Fleißes ohnerachtet nicht früher habe herbeischaffen können.

Digitized by Google

Fall, wo eine Parthie von der Existenz einer Urkunde Kenntniß hat; aber den Ort, wo sie sich befindet, nicht weiß [9]).

2. Versehen des Vertreters.

§. 48.

a. Nothwendige Stellvertretung.

Hier ist lediglich auf das früher Gesagte (§. 32. 33. 34) zu verweisen, woraus folgt, daß minores und die ihnen Gleichgestellten Anspruch auf Restitution auch dann haben, wenn es sich um Verletzungen durch Unterlassungen der Vertreter handelt [1]). Die eingetretene Rechtskraft ist kein Hinderniß der Ertheilung [2]).

§. 49.

b. Freiwillige Stellvertretung und Verbeistandung.

Bezüglich der Frage, inwiefern nach dem römischen, canonischen und Reichsrecht gegen lädirende Unterlassungen, welche in der Person des Procurators oder advocatus causae ihren Grund hatten, Restitution stattfand, kann auf das in den §§. 35 — 37

---

[9]) In einem solchen Falle wurde vom O.A.G. der Restitutionseid sogar ohne die Clausel „angewandter Mühe ohnerachtet," normirt; Gemeinde Engelrod ca. Kirchenkasten, Beleg 23.

[1]) O.A.Gs.Präj. 27. „Diejenigen erlaubten Corporationen, welche gleich unseren Stadt- u. Dorfgemeinden (NB. nach dem Gesetz vom 21. Juni 1836 haben die Gemeinden die jura minorum nicht mehr) durch Vorstände vertreten werden und denen die Rechte der Minderjährigen verliehen sind, haben während des Laufs der gesetzlich für das beneficium restitutionis bestimmten Präscriptionsfrist schon dann Ansprüche auf W. i. d. v. St., wenn sie durch Unterlassungen ihres früheren oder auch ihres jetzigen Vorstandes bei Betreibung von Rechtsstreitigkeiten in Schaden gekommen oder verletzt worden sind." Gemeinde Lindheim ca. v. Venningen E. v. 13. Mai 1828. Stadt Münzenberg ca. Grafen Solms-Laubach E. v. 19. März 1830.

[2]) Vgl. die Alleg. zu §. 32.

Digitized by Google

Gesagte Bezug genommen werden, da sich aus den dort bezüglich der Läsionen durch positive Handlungen erörterten Grundsätzen leicht auch die Principien herleiten lassen, welche bezüglich der lädirenden Unterlassungen der Vertreter und Beistände galten. Hier ist daher nur von dem heutigen praktischen Rechte zu handeln, und da die Doctrin und Praxis den Grundsatz festhält, daß bezüglich einfacher Privatmandatarien lediglich die Principien des römischen Rechtes zur Anwendung zu bringen sind [1]), so reducirt sich das hier zu behandelnde Gebiet einfach auf Unterlassungen der öffentlichen Anwälte im heutigen Sinne. §. 38. Auf diesem Gebiete werfen sich die Fragen auf: inwiefern findet Restitution gegen verletzende Unterlassungen statt, wenn diese letzteren auf einem Irrthum des öffentlichen Anwalts, oder auf einem dolus, oder einer culpa desselben, oder aber darauf beruhen, daß der Anwalt durch ein äußeres Hinderniß vom Handeln abgehalten wurde?

§. 50.

aa. Irrthum des öffentlichen Anwalts.

Nach römischem Rechte konnte, wie früher erörtert, eine Restitution wegen ignorantia oder error des Procurators nur in dem Sinne vorkommen, daß das Gesuch auf die Entschuldbarkeit des Irrthums überhaupt und insbesondere in der Person des Procurators gestützt wurde, auf den Irrthum des Auftraggebers selbst kam Nichts an [1]). Heutzutage ist dieses Verhältniß wesentlich umgekehrt. Jetzt ist zunächst die Wissenschaft oder Nichtwissenschaft der Parthie selbst maßgebend und auf diejenige des öffentlichen Anwalts kommt, was namentlich das Materielle des Streitverhältnisses anlangt, im Allgemeinen weniger mehr an [2]). Nichts desto weniger

---

[1]) Vgl. §. 39 Note 1.

[1]) Auch das Reichsrecht hält noch einigermaßen an diesem Standpunkt fest, indem der Restitutionseid auf die Person des öffentlichen Procurators abgefaßt war, welcher letztere freilich auch in animam mandantis zu schwören hatte. Gem. Besch. vom 8. Juli 1669.

[2]) In Hessen ist dieß insofern gesetzlich anerkannt, als der Restitutionseid der VO. von 1806 regelmäßig von der Parthie selbst zu leisten ist. Daher kann denn auch die Wissenschaft des öffentlichen Anwalts

Digitized by Google

muß, in Beibehaltung der römischen Rechtsgrundsätze, in folgenden Fällen wegen Irrthums des öffentlichen Anwalts restituirt werden:

1) wenn der Irrthum sich schon nach allgemeinen Grundsätzen (wenn man sich ihn als in der Parthie selbst vorgekommen denkt) als entschuldbar darstellt [3] [4];

---

keineswegs mit derjenigen der Parthie selbst identificirt werden, und hindert der Umstand, daß der Anwalt zufällig Kenntniß von einer Thatsache oder einem Beweismittel erhielt, jedoch davon keinen Gebrauch machte, nicht, daß der damit unbekannten Parthie, wenn sie nachmals Kenntniß von der Thatsache oder dem Beweismittel erhält, auf geeignetes Nachsuchen Restitution ertheilt werde; vgl. Verf. O.A.Gs. v. 25. Juni 1845 in S. Forstfiskus ca. Hauptmann v. Schenck zu Darmstadt, Fischereigerechtigkeit betr. Nur wenn der Anwalt in Folge der Prozeßführung Kenntniß von Thatsachen oder Beweismitteln erlangt, muß seine Kenntniß als diejenige der Parthie selbst angesehen werden und es kann daher diese letztere in einem solchen Falle auf ihre eigne Unkenntniß kein Restitutionsgesuch stützen. Rel. O.A.Gs. in S. Gilbert Görr's Ehefr. zu Münzenberg ca. die Wittwe des Adam Alles jetzt Kaspar Walthers Ehefr. das. 1847. In S. Niedenthal ca. Kämmerer wurden vom O.A.G. noviter reperta, obgleich sich die Parthie zum Restitutionseid erboten hatte, verworfen, weil die nova aus Acten entnommen waren, deren Einsicht der Anwalt des Imploranten früher genommen hatte. Vgl. auch Beleg 18.

[3]) In S. des Fürsten von Isenburg-Birstein ca. Bondon de 1828, wurde gegen einen Rechtsirrthum, welchen sich der Consulent des Ersteren hatte zu Schulden kommen lassen, Restitution ertheilt, jedoch nur allein mit Rücksicht darauf, daß unter den vorgelegenen besonderen Verhältnissen der Irrthum qu. als ein verzeihlicher erscheine und der Parthie selbst, wenn er sich in deren Person ereignet hätte, nachzusehen gewesen wäre. Dabei wurde ausgeführt, daß der Rechtsirrthum eines öffentlichen Anwalts an und für sich und die hieraus hervorgegangene fehlerhafte Behandlung der Sache als Restitutionsgrund nicht gelten könne.

[4]) In S. Hofferberth u. Eckert ca. Fürsten von Löwenstein u. Grafen v. Erbach-Erbach hatte der Beklagten Anwalt, im Glauben der der Erklärung auf Klage angehängte generelle Widerspruch genüge zur Verneinung, eine bestimmte Klagbehauptung nicht speciell widersprochen. Das O.A.G. gab aber der HauptjustizVO. von 1779 die Auslegung, daß die nicht speciell beantwortete Thatsache als zugestanden angenommen werden müsse. Ein nachher eingereichtes Restitutionsgesuch wurde

Digitized by Google

2) wenn der Anwalt eine vom Gegner behauptete, objectiv unwahre Thatsache, im Glauben, sie stehe richtig, und in der Absicht, sie zuzugestehen, zu verabreden unterlassen hat und diese Thatsache als zugestanden fingirt worden ist (§. 12 Note 8). Dieser Fall ist nämlich gerade so anzusehen, als sei das Zugeständniß expressis verbis erfolgt, und es treten daher hier die in §. 39 erörterten Grundsätze über die Zurücknahme ausdrücklicher Geständnisse des öffentlichen Anwalts ein, [5]) [6]).

---

gegen den Antrag des Referenten (per majora) verworfen, weil gegen Versehen des öffentlichen Anwalts in der materiellen Rechtswahrung keine Restitution stattfinde. Gewiß mit Unrecht. Es konnte sich nur fragen, ob der Irrthum des Anwalts entschuldbar war, und diese Frage mußte bejaht werden, wenn es sich auch in Wahrheit um einen Rechtsirrthum handelte. Der Sinn der Haupt-Justiz-VO. ist in der fragl. Hinsicht höchst zweifelhaft, die Auffassung des Anwalts hatte sowohl beim Hofgericht, als früher beim O.A.G., aus gewichtigen Gründen Vertheidiger gefunden und noch der Referent in der fraglichen Sache bemerkte, er würde sich für jene Auslegung entscheiden, wenn nicht eine kurz vorher gefällte Entscheidung vorläge. Unter solchen Umständen mußte aber der Irrthum des Anwalts in der Auslegung als entschuldbar gelten.

[5]) Beruht die unterlassene negative Litiscontestation nicht auf dem (irrigen) Glauben an die Richtigkeit der vorgetragenen Thatsache, sondern auf einem anderen Grund (Nachlässigkeit, Rechtsirrthum ꝛc.), so fehlt offenbar die Grundlage für eine analoge Anwendung jener Grundsätze. Der Fall muß dann nach den Principien über culpa des Anwalts, Irrthum desselben im Sinn von Nr. 1 ꝛc. beurtheilt werden. Vgl. die vorige Note. Damit ist übrigens nicht gesagt, daß in einem solchen Falle auch das sofortige Berichtigungsrecht wegfalle, und wenn man daher annimmt, daß dieses drei Tage vom Tage der Kenntnißnahme der Parthie dauere, so muß man diese Berichtigungsfrist auch in einem Falle der letzteren Art zulassen, denn das Charakteristische jenes Rechts besteht gerade darin, daß die Parthie innerhalb des ihr statuirten Zeitraums das thatsächliche Vorbringen ihres Anwalts in der Weise berichtigen kann, wie eine anwesende Parthie ihren Rechtsbeistand corrigirt, d. h. ohne daß nach dem Grund gefragt wird, welcher den Anwalt zu dem Vorbringen veranlaßt hat. Hiervon geht auch das Hofgericht in D. aus; vgl. Beleg 32. Siehe auch §. 39 Note 3.

Digitized by Google

§. 51.

bb. Dolus des Anwalts.

Hier ist lediglich auf §. 40 zu verweisen.

§. 52.

cc. Culpa desselben.

Auch hier wird auf §. 41 verwiesen, da die dort erörterten Grundsätze auch auf Verletzungen durch Unterlassungen Anwendung leiden. Nach jenen Grundsätzen erledigen sich die Fälle

1) wo die Unterlassungen lediglich auf der Nachlässigkeit des Anwalts ohne concurrirenden Irrthum beruhen, sehr einfach, dagegen bedürfen

2) die Fälle, wo ein Irrthum mit concurrirender culpa vorliegt, einer näheren Beleuchtung.

Die Lehre von der Restitution wegen culpa des Anwalts ist durch Nichts so sehr verwirrt und erschwert worden, als dadurch, daß die Versehen des Anwalts aus Irrthum von denjenigen aus reiner Nachlässigkeit nicht gehörig getrennt worden sind. Allerdings sind Irrthum und culpa des Anwalts keine sich ausschließende Gegensätze, vielmehr kann der Irrthum in das Gebiet der culpa übertreten. Nichts desto weniger bedarf aber dann der Irrthum zunächst in seiner Eigenschaft als Irrthum einer selbstständigen Prüfung, und erst dann, wenn sich ergibt, daß auf den Irrthum als solchen nicht restituirt werden könne, wird sich die Frage aufwerfen, ob nicht nach den Grundsätzen über die culpa des Anwalts Restitution zu ertheilen sei.

Nur in dieser eventuellen Richtung sollen denn auch hier die einzelnen Modalitäten des Irrthums des Anwalts betrachtet werden.

a) Irrt der Anwalt in Bezug auf die äußere Formvorschrift, so ist dieser Irrthum nach den allgemeinen Regeln

---

*) Ueber die Restitution wegen Irrthums des Anwalts, wenn dabei eine culpa des Anwalts concurrirt, vgl. §. 52 und §. 39 Note 5.

Digitized by Google

über den Irrthum unentschuldbar; es kann daher wegen Irrthums als solchen regelmäßig keine Restitution erlangt werden. Da aber die erste Anforderung, welche man an den vom Staate bestellten Anwalt machen kann und muß, die ist, daß er die Formvorschrift kenne und beobachte, so wird eine Omnission, welche er sich insofern zu Schulden kommen läßt, regelmäßig in das Gebiet der verantwortlichen Culpa fallen, welche zur Restitution führt. Daher ist z. B. der Parthie die Restitution zu ertheilen, wenn ein Anwalt in irriger Auslegung der concreten Auflage eine Frist oder einen Termin versäumt hat;

b) Irrt der Anwalt in Bezug auf das Materielle der Sache, so ist dieß in doppelter Weise denkbar:

aa) er irrt über die Thatsachen, welche dem zwischen den Parthieen ventilirten Streitverhältniß zu Grunde liegen (im ersten Verfahren zur Feststellung des status causae et controversiae von Erheblichkeit sind), oder die Existenz von Beweismitteln (Zeugen und Urkunden).

Da der Anwalt bei Wiedergabe jener Thatsachen oder Namhaftmachung von Beweismitteln regelmäßig nur das Organ der Parthie ist, so wird ein solcher Irrthum des Anwalts, insofern er Unterlassungen zur Folge gehabt, meist auf die Parthie zurückgeführt werden können, in welchem Falle eine andere nicht hierher gehörige Art der Restitution Platz greift. Irrt aber der Anwalt selbstständig, so wird ein solcher Irrthum, insofern er nur Unterlassungen zur Folge gehabt hat, regelmäßig ganz unerheblich sein, weil mit erlangter richtiger Kenntniß die Parthie selbst den Irrthum aus ihrer eignen Person berichtigen kann. Nur dann, wenn der Anwalt aus eignem Irrthum absichtlich ein stillschweigendes Zugeständniß macht, wird von einer Restitution wegen seines Irrthums die Rede sein können. Hier führt nun allerdings schon die Restitution des §. 39 vgl. mit §. 50 Nr. 2 regelmäßig zum Ziele, ist aber der concrete Fall so geartet, daß bei dem Irrthum zugleich eine Verschuldung

Digitized by Google

concurrirt, welche den Anwalt regreßpflichtig erscheinen läßt, so würde auch eine Restitution in diesem Sinne erbeten werden können;

bb) er irrt, indem er zwar die dem Streitverhältniß zu Grunde liegenden Thatsachen, die Beweismittel, kennt, aber sich über deren rechtliche Natur, deren Erheblichkeit oder Dienlichkeit täuscht, oder indem er in der zweckmäßigen Leitung und Verfolgung des Prozesses etwas versieht.

In einem derartigen Falle liegt augenscheinlich ein Rechtsirrthum vor, der als Irrthum nicht entschuldbar ist, es wird aber auch so gut wie nie eine regreßpflichtig machende Nachlässigkeit des Anwalts nachgewiesen werden können, weßhalb denn auch insofern Restitution nicht stattfinden wird *).

*) Hessisches Recht.

Die WO. v. 11. Januar 1812 (§. 10) und das Gesetz vom 1. Mai 1830 (Art. 11) bestimmen gleichlautend:

„Zu den rechtlichen Gründen für eine zu ertheilende W. E. in d. vor. Stand soll auch ferner gerechnet werden, daß die Versäumniß einzig der Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts, dessen sich die Parthie bediente, ihren Ursprung verdanke, ohne daß hierbei ein Unterschied zwischen den Fällen, wo ein Regreß an den nachlässigen Anwalt möglich und wo ein solcher unmöglich wäre, eintreten soll."

Diese Vorschrift ist insofern unbestreitbar klar, als sie die seiner Zeit vor dem Reichs K.G. ventilirte Frage, ob Ausklagung resp. Insolvenz des öffentlichen Anwalts Vorbedingung der Rest. ob culpam vel negligentiam advocati sei, im Sinn des damals gefaßten Conclusums entscheidet; dagegen haben sich im Lauf der Zeit Meinungsdifferenzen darüber erhoben:

1) ob unter den Worten „öffentlicher Anwalt" nur der öffentliche Procurator, oder auch der öffentliche advocatus causae, insofern ein solcher neben dem Procurator handelt, zu verstehen sei?
2) was man als „Nachlässigkeit" des öffentlichen Anwalts anzusehen habe?

beide Fragen beziehen sich auf die causa rest. selbst;

3) ob auf die in Rede stehende causa rest. hin gegen jeden der Parthie durch Unterlassung des Anwalts verursachten Nachtheil Rest. erlangt werden könne?

Digitized by Google

Die Rechtskraft, selbst des Endurtheils, ist kein Hinderniß dieser Restitution [8]).

---

diese Frage bezieht sich auf den Umfang der Wirkung der causa rest.

Was

Zu 1. die erste Frage betrifft, so ist in Hessen, wie in andern Ländern, der Stand der öffentlichen Procuratoren ein rechtsgelehrter. Die römischen Begriffe von advocatus causae und procurator sind dort in der Bezeichnung „öffentlicher Anwalt" meist verschmolzen, der Anwalt erscheint regelmäßig zugleich als Verfasser der rechtsgelehrten Vorträge und als eigentlicher bevollmächtigter Sachführer. Da dieser Fall, wie bemerkt, die Regel bildet, so erscheint es gerechtfertigt, die obige gesetzliche Bestimmung vor Allem in dem Falle anzuwenden, wo Procurator und advocatus causae eine physische Person sind, und zwar ohne diese Qualitäten bei der Rest.-Frage zu trennen. Sobald die Nachlässigkeit an sich feststeht, muß die Restitution ertheilt werden, mag nun der Grund der Versäumniß z. B. darin liegen, daß die betr. Streitschrift zeitig nicht gefertigt, oder daß die zeitig gefertigte Schrift zu rechter Zeit nicht eingereicht wurde. Eine Trennung der Qualitäten würde nicht allein zu wahrhaft spitzfindigen Erörterungen und den sonderbarsten Resultaten führen, sondern sie würde auch dem Geiste des Gesetzes widersprechen, welches doch augenscheinlich auf dem Gedanken beruht, daß eine Parthie, welche durch die Bestellung öffentlicher Procuratoren und das Verbot der Betreibung der Advocatur durch andere Personen auf jene ersten so gut wie ausschließlich angewiesen ist, nicht durch die Nachlässigkeit dieser öffentlichen, als tüchtig garantirten Rechtskundigen in Schaden kommen dürfe.

Grade diese Erwägung führt nun aber auch zu dem weiteren Satze, daß Restitution auch dann ertheilt werden müsse, wenn zwar der advocatus causae eine vom Procurator getrennte physische Person ist, der Erstere aber zu den öffentlichen inländischen Anwälten gehört und diesem die Nachlässigkeit zur Last fällt. Hier trifft die ratio des Gesetzes vollkommen ein und die Worte des Gesetzes „öffentlicher Anwalt" stehen mit dieser Auffassung nicht im Widerspruch.

In diesem Sinne hat auch das O.A.G. sich ausgesprochen in S. des Landwehrhauptmanns Rönneberg zu Friedberg ca. die Solms-Rödelheim'sche Kellerei zu Assenheim, indem es durch Decret vom 14. Februar 1820 auf außergerichtliche Beschwerde die Worte des Gesetzes v. 1812 auch auf Versäumnisse des advocatus causae anwendbar erklärte. Vgl. auch Beleg 39.

Digitized by Google

§. 53.

dd. Entschuldbares äußeres Hinderniß in der Person des Anwalts.

Nach römischem Recht kam dem Procurator die rest. propter

Ist jedoch der advocatus causae ein ausländischer (wenn auch öffentlicher) Anwalt, so ist die Rest. zu versagen. Vgl. Wallenstein ca. Görz, Beleg 39.

Zu 2. Hier hat man einfach den Grundsatz aufzustellen, daß eine culpa in dem in §. 41 erörterten gemeinrechtlichen Sinne zur Restitution führt. Die Rechtsprechung des Hof-Gs. D. darf als hiermit übereinstimmend bezeichnet werden. N. B. Nr. 221. Dabei versteht es sich schon nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß bei der Nachlässigkeit des Anwalts nicht eine solche des Clienten concurriren darf, das Gesetz hebt dieß indessen durch das Wort „einzig der Nachlässigkeit" noch besonders hervor. Vgl. auch Seufferts Arch. XII. 330.

Daß Irrthümer der Anwälte in formalibus vom O.A.G. einer nachlässigen Versäumung gleichgestellt werden, wurde schon früher bemerkt, vgl. §. 39 Note 5, und daß die Unterlassung einer bloßen Rechtsausführung niemals als eine culpa im obigen Sinne angesehen werden könne, bedarf kaum der Erwähnung.

Zu 3. Das Gesetz spricht einfach von „Versäumniß" ohne nähere Unterscheidung. Wir sind daher nicht zu der Annahme berechtigt, daß das Gesetz eine Unterscheidung zwischen totalen und partiellen Fristenversäumungen habe machen wollen, es ist vielmehr die Restitution wegen jeder Unterlassung zu ertheilen, sofern nur der erforderliche Grad der culpa vorliegt. Man könnte gegen diese Ansicht anführen, die Artikel, welche der oben ausgehobenen Gesetzesstelle vorausgehen, handelten immer nur von dem Falle, wo die Fristen oder Termine vollständig versäumt seien, und könne daher nur diese Art der Versäumung in der ausgehobenen Stelle gemeint sein. Allein zunächst steht der Art. cu. mit den früheren gar nicht in einem so unmittelbaren Zusammenhang, und dann würde dieß an sich noch nicht die Unstatthaftigkeit der Restitution wegen partieller Fristversäumungen erweisen, vielmehr müßte insofern das gemeine Recht, auf welches durch die Worte „auch ferner" geradezu Bezug genommen zu sein scheint und welches die Restitution auf wegen partieller Fristversäumung statuirt, in subsidium eintreten. Man kann nicht annehmen, daß das Hess. Gesetz eine ganz neue Distinction zwischen totalen und partiellen Fristversäumungen und hiermit

Digitized by Google

absentiam und ex generali clausula selbstverständlich in ihrem ganzen Umfang zu gut. Dieser Satz muß aber noch heutzutage

---

eine wesentliche Aenderung des gemeinen Rechts habe vornehmen wollen. Nach gem. Recht war nur streitig, ob zur Restitution wegen culpa des Anwalts eine Ausklagung resp. Insolvenznachweisung bez. dieses letzteren nöthig sei. Nur diese Streitfrage ist entschieden, im Uebrigen muß es bei dem gemeinen Rechte sein Bewenden behalten. Unstatthaft ist es hierbei, das Hessische Gesetz unmittelbar an das römische Recht anzulehnen, ohne die Aenderung des Reichsrechts zu berücksichtigen. Vgl. §. 41.

In der Rechtsprechung des O.A.Gs. findet sich vielfach der Satz ausgesprochen, daß nur gegen Versäumungen des Anwalts in formalibus, dagegen nicht wegen solcher in materialibus Restitution stattfinde. Dieser Satz bedarf einer näheren Prüfung.

Alle Prozeßhandlungen sind heutzutage regelmäßig an bestimmte Fristen und Termine gebunden, die jeweiligen Streitpunkte werden durch Urtheile entschieden, bis die Sache durch Endurtheil ihre Erledigung findet. Auf diese Weise erhält das Material, das Streitverhältniß, eine Reihe von Umrahmungen, welche die Abänderung oder Vervollständigung des Materials hindert. Eine Läsion ist nicht denkbar ohne die Umrahmung, sie ist aber auch nicht denkbar ohne Rücksicht auf das Materielle des Rechtstreits, und jede Läsion hat daher eine formelle und eine materielle Seite. Insofern also der obige von der Rechtsprechung aufgestellte Satz von Versäumungen in formalibus oder materialibus spricht, kann er vor Allem die Bedeutung nicht haben, als werde unterschieden zwischen Läsionen in formalibus und solchen in materialibus, weil jede Läsion eine formelle und materielle Seite hat, es ist vielmehr in jenem Worte „Versäumungen" sofort auch eine Rücksicht auf die Entstehungsursache in der Person des Anwalts, auf ein schuldvolles Benehmen, einen besonderen Zustand des Anwalts zu finden. In dieser Hinsicht kann es nun sein, die lädirende Unterlassung beruht

1) auf einem culposen Irrthum des Anwalts (Irrthum im strengen technischen Sinn genommen), oder

2) auf einer culpa ohne concurrirenden Irrthum (welche ich im Folgenden schlechtweg mit „Nachlässigkeit" bezeichnen will).

Insofern nun der Satz des O.A.Gs. auf einen Irrthum angewendet wird, hat er einen klaren Sinn, denn der Anwalt kann irren in Bezug auf die Formvorschrift (Umrahmung), er kann aber auch irren bezüglich des Inhalts der Umrahmung, der Mate-

Digitized by Google

als anwendbar erachtet werden, so daß also in gewisser Hinsicht sowohl die Parthie, als der Anwalt, den Schutz jener Restitution

---

rie, und da der obige Satz in seiner deßfallsigen Anwendung wesentlich richtig steht, so ist auch von dieser Anwendung hier vorerst nicht weiter zu reden. Will man den Satz aber auf den Fall anwenden, wo der Anwalt lediglich aus Nachlässigkeit nicht gehandelt hat, so überzeugt man sich sofort von dessen Unanwendbarkeit. Man kann nicht unterscheiden, der Anwalt war nachlässig in Bezug auf die Formvorschrift, oder er war es in Bezug auf die Materie der Sache, sondern man kann nur sagen, die Nachlässigkeit war die Veranlassung der Läsion, welche sich aus Formvorschrift und Materie zusammensetzt, man müßte denn sagen, er war nachlässig in Bezug auf Formvorschrift und Materie, ein Satz, der aber ebenso unjuristisch als werthlos sein würde. In der That hat denn auch die Unanwendbarkeit jenes Satzes auf die Fälle der eigentlichen Nachlässigkeit des Anwalts zu einem Schwanken der Rechtsprechung bezüglich dieser Fälle geführt. Soviel ist freilich unbestritten, daß die Restitution im Allgemeinen nicht verweigert wird, wenn der Anwalt nachlässiger Weise die ganze Prozeßhandlung (Vernehmlassung auf Klage, Beweisantretung u. s. w.) versäumt hat, dagegen schwankt die Rechtsprechung über den Fall, wo der Anwalt zwar die Prozeßhandlung an sich vorgenommen, aber etwas Erhebliches dabei versäumt hat. Nach einzelnen Relationen ist eine derartige Restitution überhaupt unzulässig, weil es sich hier immer um ein Versehen in materialibus handle, in anderen Fällen ist aber eine derartige Restitution wirklich ertheilt worden. Nichtsdestoweniger bedarf dieser ohnehin nicht seltene Fall einer principiellen Erledigung und diese fließt leicht aus folgenden Erwägungen, bei welchen fortwährend Irrthum und Nachlässigkeit des Anwalts scharf getrennt gehalten werden müssen.

Bei der Restitution wegen Nachlässigkeit des Anwalts kommen zwei Factoren in Betracht:

der Grad der culpa,

die Art der Läsion.

Man kann nun bei der Behandlung dieser beiden Factoren a priori von drei Gesichtspunkten ausgehen. Man kann nämlich die Sache so nehmen, daß es nur auf einen bestimmten Grad der culpa des Anwalts ankomme und daß dann darauf hin gegen jede Art der Läsion, groß oder klein, zu restituiren sei; man kann aber auch bei der fraglichen Restitution den Umfang, die Größe der Läsion in Erwägung ziehen, und man kann endlich davon ausgehen,

Digitized by Google

genießen. Jedoch wird der Parthie die Verhinderung des Anwalts dann Nichts nützen, wenn sie, von der Verhinderung selbst unter-

---

daß eine größere Läsion schon auf Grund einer geringeren Nachlässigkeit, oder eine kleinere Läsion nur wegen einer bedeutenderen Nachlässigkeit geheilt werden könne. Man mag indessen einer Ansicht folgen, welcher man will, soviel wird nach jeder derselben nicht zu bestreiten sein, daß Restitution stattfinden muß, wenn sowohl der Grad der culpa, als die Größe der Läsion die höchste Potenz erreicht haben. Hierdurch wird nun aber die uns vorliegende Frage principiell vollständig entschieden, sobald man sie mit dem feststehenden Satze in Verbindung setzt, daß die Restitution nicht versagt werden kann, wo der Anwalt nachlässiger Weise gar nicht gehandelt hat. Denn wird dargethan, daß in einem Falle, wo nur theilweise versäumt worden ist, Nachlässigkeit und Läsion gleiche Potenz, wie im Falle vollständiger Versäumung erreichen können, so ist damit sofort auch die Möglichkeit und resp. Nothwendigkeit einer Restitution in jenem Falle wenigstens im Princip festgestellt. Daß nun bei partiellen Versäumungen die Nachlässigkeit eines Anwalts die höchste Potenz erreichen könne, wird Niemand im Ernste bestreiten, wie es denn ebenso feststeht, daß partielle Versäumungen Läsionen der höchsten Potenz — man denke nur an Versäumung einer Einrede, die im concreten Fall den sofortigen Verlust des Prozesses, also die unzweifelhaft größte Läsion veranlaßt — mit sich führen können. Daher müssen wir den Satz aufstellen, daß der Umstand, daß nur eine partielle Versäumung des Anwalts vorliegt, der Restitution wegen Nachlässigkeit des Anwalts wenigstens im Princip nicht entgegensteht, und hierdurch gelangen wir zur richtigen Behandlungsart einer partiellen Fristversäumung des Anwalts. Die Frage, ob hier Restitution zu ertheilen sei, ist einfach quaestio facti. Alles kommt darauf an, zunächst worauf die partielle Unterlassung beruht, ob auf Irrthum oder Nachlässigkeit. Beruht die Unterlassung auf irriger Beurtheilung des Materials der Einrede, so hat Restitution nicht stattzufinden, beruht sie aber auf Nachlässigkeit und ist diese so groß, daß sie den Anwalt regreßpflichtig erscheinen lassen würde, so ist die Restitution nach allgemeinen Grundsätzen zu gewähren. Die richtige Ansicht ist insofern vertreten v. Seitz, Arch. f. pr. R. W. Bd. I Heft 1 S. 133, und dem entsprechend hat auch das Hofgericht in Darmstadt neuerdings in sein Notizenbuch einen Eintrag aufgenommen, Nr. 221 vgl. mit 204.

Gegen die vertheidigte Ansicht hat man wohl angeführt, daß bei Restituirungen wegen theilweiser Versäumnisse der Anwälte die

Digitized by Google

richtet, das Handeln unterließ, obgleich sie zu handeln in der Lage war [1]).

Allgemeine Arbeitshäufung den Anwalts ist nie Restitutionsgrund [2]).

---

größte Rechtsunsicherheit und Verschleppung entstehe. Dieser Grund beweist zunächst zuviel und keinesfalls gegen Gesetz und regelrechte Analogie, er ist aber nicht einmal richtig, sofern man nur scharf darauf sieht, daß der gehörige Grad der culpa erwiesen sei. Will man überhaupt das Gebiet der Restitution wegen Versehens des Anwalts beschränken, so ist es in der causa rest. zu beschränken (d. h. man darf z. B. nur culpa lata als Restitutionsgrund gelten lassen), nicht aber in Ansehung der Läsion d. h. der Wirkung der causa. Unter allen Umständen aber darf man es nicht in der oben bemerkten Weise des O.A.Gs., weil so die größten Läsionen ungeheilt bleiben, während andere geringere geheilt werden. (Man denke z. B. an den Fall, wo der Anwalt des Beklagten bei einer objectiven Klaghäufung einen einzelnen Klaganspruch oder das alternativ behauptete Anerkenntniß und Zahlungsversprechen nicht verabredet, und vergleiche damit den Fall der Versäumung der Duplikschrift, welche letztere, wenn keine Repliken vorgetragen waren, ohne allen Einfluß auf den Prozeß sein wird).

In der Rechtssache Oppenheimer und Meier ca. Aufholz, 1859, (Bel. 34) sprach sich der Ref. des O.A.Gs. dahin aus: Das Gesetz vom 1. Mai 1830 regulire das ganze Restitutionsverhältniß zwischen Anwalt und Parthie und zwar dahin, „daß die Parthieen nur gegen die Nachlässigkeit der öffentlichen Anwälte in Bezug auf die Einhaltung von Fristen und Tagfahrten resp. gegen Rechtsirrthümer der Anwälte in Bezug auf Formalien, welche einer solchen Nachlässigkeit gleichgestellt würden, Restitution erhielten." So ausgedrückt kann wenigstens über Zweideutigkeit des Princips nicht geklagt werden. Vgl. aber §. 41 und die dort alleg. Rechtssache aus 1864. Im Uebrigen vgl. Beleg 39.

*) Das O.A.G. erkennt dieß an. Vgl. v. Riedesel ca. Wallhaus 1846. Die Rechtskraft des Urtheils, welches den Beklagten zum Erfüllungseid zuließ, wurde an sich nicht als Hinderniß des Restitutionsgesuchs betrachtet, mittelst dessen noch neue Gegenbeweismittel, welche der Anwalt zu benennen schuldvoll unterlassen haben sollte, eingebracht werden wollten. Die Verwerfung fand auf einen andern Grund hin statt. Vgl. §. 55 und Beleg 55.

1) Vgl. Burchardi l. c. S. 200.

2) Sie ist nicht einmal Fristerstreckungsgrund; vgl. VO. v. 11. Januar 1812 §. 5 u. Ges. v. 1. Mai 1830 Art. 5.

Digitized by Google

Wegen Versehen der Bediensteten des Anwalts (Scribenten ꝛc.) findet der Regel nach keine Restitution statt, da der Anwalt für deren Handlungen und Unterlassungen einzustehen hat. Ausnahmsweise können aber Verhältnisse eintreten, wo gleichwohl Restitution gewährt wird [2].

§. 54.

IV. Zusammentreffen mehrerer Restitutionsgründe.

Eine Partheie kann sich zur Hebung einer und derselben Läsion auf verschiedene Restitutionsgründe berufen, sie kann dieselben cumuliren. Es gilt dann die einfache Regel, daß jeder Restitutionsgrund in Beziehung auf die Läsion für sich allein geprüft wird und dem entsprechend Verfügung zu ergehen hat. Auf diese Weise kann es unter Umständen zu einer alternativen Beweisauflage in Ansehung der causae rest. kommen [1].

Von Restitutionsgesuchen der Minderjährigen und der ihnen

---

[2]) In S. Gemeinden des ehemaligen Gerichts Kirtorf ca. Forstfiskus hatte der Fiskal die Rechtsmittelanzeige zeitig gefertigt, dessen Scribent aber die rechtzeitige Bestellung unterlassen. Das O.A.G. schlug durch Verf. vom 30. Mai 1838 das auf letzteren Umstand gestützte Restitutionsgesuch ab, „da der Anwalt für die Nachlässigkeit seines Schreibers haften müsse." In S. Gemeinde Gunterfürst ca. Walther war die für das O.A.G. bestimmte Schrift irrig bei dem Hofgericht abgegeben worden und gelangte dadurch einen Tag zu spät an das O.A.G. Die Restitution wurde k. H. und ohne Antrag ertheilt. Beleg 41.

Gegen Versehen und Versäumnisse der Insinuationsmandatare ist allgemein zu restituiren; denn wenn dieselben in der Hauptsache auch als einfache Privatmandatare anzusehen sind, so beruht das fragliche Institut doch nicht auf dem freien Willen der Anwälte, sondern die letzteren sind zur Bestellung solcher Mandatare gesetzlich gezwungen, und dadurch, daß der Insinuationsmandatar dem Gericht gegenüber den ganzen Anwaltstand bezüglich der Insinuationen vertritt, bekommt seine Function einen gewissen dienstlichen Character. Das O.A.G. hat Rest. ertheilt in S. Treffert ca. Fillauer. 1841.

[1]) Vgl. z. B. Beleg 66 und 67.

Digitized by Google

Gleichgestellten gelten ganz die allgemeinen Regeln. Da indessen die Restitution ob minorem aetatem, sobald nur die minor aetas resp. die Qualität der streitenden Parthie als einer mit den Rechten der minores versehenen Person feststeht, im Allgemeinen schon wegen der Läsion an sich ertheilt wird, so wird es, im Falle, wo neben den Rechten der minor aetas noch ein anderer Restitutionsgrund geltend gemacht wird, zum Nachweis dieses letzteren meist nicht kommen. Eine Folge davon ist, daß wenn für Minores oder die ihnen Gleichgestellten deßhalb Restitution verlangt wird, weil neue Beweismittel oder Einreden ꝛc. aufgefunden worden seien, oder früher bekannte Beweismittel oder Einreden ꝛc. erst jetzt hätten herbeigeschafft werden können, beziehungsweise dienlich erachtet würden, der bei jeder anderen Parthie nothwendige offerirte Restitutionseid cessirt [2]) [3]).

Von selbst versteht es sich, daß wenn in dem Restitutionsgesuch sich nicht auf die Rechte der Minores berufen worden ist, der Richter diese Rechte von Amtswegen nicht zu berücksichtigen hat, es muß das Restitutionsgesuch lediglich nach den in demselben enthaltenen Restitutionscausalien beurtheilt werden.

---

[2]) Das O.A.G. hat dieß anerkannt in S. der evangelischen Kirche zu Lauterbach ca. Friedrich Schmidt von Angersbach 1850. Höchster Klosterfonds resp. Breuberger Kirchenfonds ca. Gemeinde Höchst, Anschaffung von Kirchenuhren betr. 1855. Kirche Geinsheim ca. Isenburg-Birstein 11. Mai 1858. Vgl. Arch. f. pr. R.W. Bd. V S. 426. Seuffert Arch. Bd. XIII Nr. 200.

[3]) Die oben erwähnte Befreiung der Minores ꝛc. bezüglich des Restitutionseides geht übrigens nicht soweit, daß es überhaupt niemals zu einer Eidesleistung kommen könnte. Vielmehr kann eine solche allerdings vorkommen zum Nachweis, daß das Quadriennium nicht abgelaufen sei. Vgl. §. 79. Die Repräsentanten einer Kirche werden z. B. in Hessen, wo nach der Rechtsprechung das O. von der Kenntniß der Läsion läuft, unter Umständen zu beschwören haben, daß sie erst innerhalb der letzten 4 Jahre vom Restitutionsgesuch rückwärts gerechnet von den betr. Beweismitteln Kenntniß erhalten hätten. In Hessen können sich sogar in manchen Fällen die Vertreter der Minores und resp. der ihnen Gleichgestellten der Ableistung des eigentlichen Restitutionseides nicht entschlagen, nämlich aus Rücksicht der vierzehntägigen Restitutionsbittfrist. Vgl. hierüber §. 69 Note 3, I Nr. 6.

Digitized by Google

Im Prozeß kann eine Häufung von Restitutionsgründen auch in anderem Sinne, als dem bisher besprochenen, vorkommen. Wenn nämlich der ursprünglichen Läsion (z. B. der Versäumung einer Einrede) noch ein weiteres oder mehrere präcludirende Momente (z. B. Beweisinterlokut und Enderkenntniß) gefolgt sind, so muß das Restitutionsgesuch auch gegen die nachgefolgten Momente gerichtet werden; dies kann nun zwar regelmäßig schon dadurch geschehen, daß die Fortdauer des abnormen Zustandes behauptet wird, welcher die ursprüngliche Läsion veranlaßte; kann dieß aber der Wahrheit gemäß nicht behauptet werden, oder ist die Restitution gegen die nachgefolgte präcludirende Vorschrift an schwierigere Voraussetzungen geknüpft, als die Restitution gegen die ursprüngliche Läsion, so genügt die Anführung der ursprünglichen causa restitutionis nicht, sondern es müssen noch andere Causalien hinzugefügt werden, welche jene causa ergänzen und so alle präcludirende Momente erschüttern [4]). Auf diese Weise kann es im Laufe des Prozesses kommen, daß der Lädirte, um die Restitution zu erlangen, eine ganze Reihe von Restitutionsgründen verbinden muß [5]). Man nehme z. B. folgenden Fall. Dem Kläger war der Beweis seines Klaggrundes auferlegt, er hat diesen Beweis innerhalb der Beweisfrist durch Zeugen angetreten, diese sind vernommen, es ist aber der Beweis unter Vorbehalt der Eideszuschiebung für verfehlt erkannt und endlich, da von der Eideszuschiebung kein Gebrauch gemacht worden ist, die Klage definitiv abgewiesen worden. Will Kläger in diesem Falle früher nicht vernommene Zeugen nachbringen, so steht dieser Absicht der Ablauf der Beweisfrist, die Eröffnung des Rotulus, das Erkenntniß über das Resultat des Beweises und das Enderkenntniß entgegen. Sämmtliche Momente müssen erschüttert werden, und dieß kann z. B. in folgender Weise geschehen. Implorant habe die Zeugen während der Beweisfrist nicht gekannt, von dem Auffinden derselben bis zur Eröffnung des Rotulus sei Implorant aber krank

---

[4]) Vgl. §. 9. 21. 55.

[5]) Vgl. über die Nothwendigkeit einer derartigen mehrfachen Begründung die Rechtsprechung des O.A.Gs. in Cassel bei Bickell l. c. S. 182.

Digitized by Google

gewesen, nachher habe sein Anwalt das Einbringen derselben nachlässigerweise unterlassen, bis das Erkenntniß über das Resultat der Beweisführung ergangen, unmittelbar nach Einhändigung der Verfügung, welche seinem Anwalt aufgegeben habe, von der Eideszuschiebung Gebrauch zu machen, sei der Anwalt, ohne vorher die Parthie von der Auflage benachrichtigt zu haben, gestorben, es sei auf diese Weise weder von der Eideszuschiebung Gebrauch gemacht, noch seien die Zeugen vor dem Endurtheil eingebracht worden[6]).

§. 55.

V. Beschränkung der Wirkung einzelner Restitutionsgründe.

(Zurücknahme, Verhinderung, Vernichtung eines Eides beziehungsweise des darauf gebauten Urtheils.)

Es gibt eine Klasse von Fällen, wo die Restitution nur auf einen bestimmten Restitutionsgrund hin erlangt werden kann, so daß also hier die regelmäßige Wirksamkeit der übrigen Restitutionsgründe ausgeschlossen ist. Eine solche Beschränkung der Wirkung der Restitutionsgründe tritt ein, wenn die Restitution den Zweck hat, die Wirkung eines ausgeschwornen Schiedseids (sei sie durch Urtheil bereits ausgesprochen oder nicht) zu vernichten. In diesem Falle kann nämlich die Restitution nur erlangt werden, wenn ein dolus des Imploraten nachgewiesen wird und zwar in der Richtung, daß Letzterer einen (subjectiven) Meineid abgeleistet habe [1]).

[6]) Ueber eine solche Häufung vgl. die S. Sprendlingen ca. Isenburg-Birstein. Hier war ein Restitutionsgesuch gegen ein der Gemeinde Sprendlingen den Erfüllungseid zusprechendes Urtheil von dem Imploranten darauf gestützt worden, daß die nova nach Ablauf der Beweisfrist und resp. nach früheren Urtheilen, jedoch noch vor dem letzten auf den Erfüllungseid sprechenden O.A.Gs.-Urtheil aufgefunden, dann aber durch Nachlässigkeit des Anwalts vor dem letzten Urtheil einzubringen versäumt worden seien. Das Gesuch mußte verworfen werden, weil gegen ein auf einen nothwendigen Eid sprechendes Urtheil nur mit Meineidsbeweis aufzukommen ist. E. O.A.Gs. v. 9. Juli 1847. Beleg 52.

[1]) Es ist zweifelhaft, ob nach röm. Recht gegen ein Urtheil, welches auf einen Haupteid gebaut war, Restitution wegen Meineids zu-

Digitized by Google

Jede andere Restitution und also namentlich jede, welche nur die objective Unwahrheit des Beschworenen relevirt, ist ausgeschlossen [2]). Diese Beschränkung beruht auf dem Gedanken, daß durch die Zuschiebung und die darauf erfolgte Acceptation und Ausschwörung des Haupteides ein einem Vergleich analoges Vertragsverhältniß geschaffen werde, welches wohl auf Grund eines dolus des Gegners, nicht aber auf Unkenntniß gewisser Thatsachen und Verhältnisse (Unkenntniß von Beweismitteln) Seitens des Imploranten, Verschulden eines Dritten u. s. w. hin angefochten werden könne. Gerade hieraus ergibt sich aber sofort auch das richtige Gebiet der hier fraglichen Beschränkung, sofern es sich um ein auf den geleisteten Haupteid erlassenes Urtheil handelt, indem jene Beschränkung hier nur dann angenommen werden kann, wenn die Restitution gerade den durch den Eid erhärteten Satz angreift [3]), nicht aber auch dann, wenn die Restitution die Wahrheit jenes Satzes gar nicht in Zweifel zieht [4]).

---

läßig erschien; vgl. Linde Handbuch S. 697 ff. Für das heutige Recht ist die Streitfrage durch die Carolina Art. 107 bejahend entschieden. Obgleich die letztere nur die Anfechtung gestattete, wenn eine Verurtheilung wegen Meineids stattgehabt hatte, so hat doch die gemeinrechtliche Praxis auch ohne eine solche Verurtheilung den Beweis des Meineids im Civilverfahren zugelassen. Vgl. jedoch auch Wetzell l. c. §. 27 Note 51.

2) Die Ausschließlichkeit folgt schon daraus, daß nach römischem Recht die Meineidsfrage nur insofern zweifelhaft war, ob Restitution gar nicht, oder ausnahmsweise wegen Meineids Platz greifen solle. Vgl. Linde l. cit.

3) Mit anderen Worten, wenn die Restitution das Einbringen neuer Beweismittel oder neuer Beweiseinreden bezweckt.

4) Man denke z. B. folgenden Fall: A klagt gegen den Erben des B aus Kauf auf Zahlung, der Erbe des B läugnet den Kauf, es wird interloquirt und A schwört den ihm zurückgeschobenen Haupteid, „daß der Kauf stattgefunden habe." Nach ergangenem condemnatorischem Urtheil findet der Beklagte eine Quittung. Auf diese letztere wird der Beklagte mit der Einrede der Zahlung zuzulassen sein, obgleich das condemnatorische Urtheil auf Haupteid gebaut ist, da die Restitution nicht das Eidesthema berührt. Man muß hier im Auge behalten, daß die transactio sich nur auf das Eidesthema, nicht auf das Streitverhältniß in seiner Gesammtheit bezieht.

Digitized by Google

Liegt übrigens ein wirklicher Fall der Beschränkung vor, so ist Implorant bei dem Beweise des Meineids in der Wahl seiner Beweismittel gesetzlich nicht besonders beschränkt, und nur das versteht sich von selbst, daß alle Beweismittel ausgeschlossen sind, welche schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht zur Restitution führen können, also namentlich solche, welche Implorant früher gekannt und schuldvoller Weise nicht eingebracht hat. Zulässig sind dagegen nicht nur neu aufgefundene Beweismittel, sondern auch solche, welche Implorant zwar früher gekannt hat, deren Beibringung ihm aber wegen eines entschuldbaren Hindernisses unmöglich war, oder solche, welche durch die Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts versäumt worden sind [5]).

Auf den nothwendigen Eid bezieht sich obige Beschränkung überall nicht, vielmehr behält es insofern bei den gewöhnlichen Grundsätzen über Restitution sein Bewenden, wonach ein Meineidsbeweis nicht

---

Aus gleichem Grund wird ein Restitutionsgesuch auch ohne Meineidsbeweis zugelassen werden müssen, wenn dasselbe darauf gestützt ist, daß Implorant zu der Eideszuschiebung moralisch von einem Dritten gezwungen worden sei, da auch hier die Eidesleistung an sich nicht angegriffen wird, und auch ein Vergleich auf Grund eines Zwangs angefochten werden kann.

[5]) Man könnte geneigt sein, alle Beweismittel auszuschließen, welche Implorant früher gekannt habe, indem man argumentirte: Jede Parthie, welche vor der Eidesdelation stehe, sei verpflichtet, alle in ihrem Gesichtskreis liegende Beweisbehelfe in Betrachtung zu nehmen. Thue sie dieß, so enthalte die Eideszuschiebung einen concludenten Verzicht auf die bekannten Beweismittel, thue sie es aber nicht, so treffe sie ein Verschulden, welches die Zulassung der Beweismittel ausschließe. Man wird aber diese strengere Ansicht verwerfen, wenn man erwägt, daß nach dem heutigen Prozeßgang die Parthie schließlich zur Eidesdelation greifen muß (auch wenn Beweismittel existiren, die sie aber nicht herbeischaffen kann), also die Requisite eines Verzichts nicht vorliegen, und daß die Frage der Verschuldung (namentlich wenn der öffentliche Anwalt Beweismittel einzubringen unterlassen hat) doch immer quaestio facti sein muß.

Digitized by Google

erfordert ist, vielmehr neue Beweismittel schon zur Herstellung der objectiven Unwahrheit des Beweisthemas eingebracht werden können [6]) [7]).

---

[6]) l. 31 D. de jurejur. (12. 2.) Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum exactum permitti Constitutionibus Principum ex integro causam agere si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usuras sit. Sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, quum a judice aliquis absolutus fuerit; solent enim saepe judices in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum judicare qui juraverit. Quodsi alias in ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.

[7]) Das Hessische Recht bedarf hier einer eingehenden Betrachtung; dabei ist der Schiedseid von dem nothwendigen Eid zu trennen.

I. Schiedseid.

Die P. O. enthält in Thl. II. Tit. V. §. 2 folgende Bestimmung: „Wir lassen anbei auch geschehen, daß einer, so eine Intention V. G. durch Instrumente zu beweisen angefangen, in processu causae . . . davon wieder abstehen und hingegen solches per testes oder juramentum oder einen andern Weg et vice versa, ratione juramenti litis decisorii aber nur in dem Fall thun möge, wenn dieses a parte ad versa noch nicht pure acceptiret oder referiret, noch auch das juramentum relatum von dem deferente bereits angenommen oder von dem Richter darunter noch nicht interloquiret worden wäre, oder auch daß his casibus vermittelst vorhin unbekannt gewesener Documente oder Zeugen klärlich dargethan werden könnte, daß derjenige Theil, so den de- oder referirten Eid abzuschwören übernommen, manifesto einen Meineid begehen würde", und das Präjudiz des O.A.Gs. Nr. 36 bestimmt, daß „auch ein abgeschworner deferirter Schiedseid und darauf ergangenes Erkenntniß wegen neu aufgefundener Beweismittel (sowohl Urkunden, als Zeugen) in allen Fällen angefochten und aufgehoben werden könne, wenn vollständig erwiesen werden kann, daß der Delat wissentlich (subjectiv) falsch geschworen, sonach einen wirklichen Meineid begangen habe."

Hieraus ergeben sich, in Verbindung mit den sonstigen Resultaten der Rechtsprechung, folgende Sätze:

1) Die Zurücknahme eines acceptirten Schiedseides oder die Ver-

Digitized by Google

nichtung der Wirkung eines ausgeschwornen Schiedseides kann nur erfolgen, wenn behauptet und erwiesen wird, daß der Implorat einen Meineid schwören werde oder geschworen habe. Fehlt in dem Restitutionsgesuch die desfallsige Behauptung, oder ist sie zwar aufgestellt, es ergibt sich aber aus den vorgetragenen thatsächlichen Verhältnissen, daß daraus ein Meineid nicht gefolgert werden kann, so ist ein solches Gesuch sofort zu verwerfen. Vgl. Rel. O.A.Gs., in S. 1) Kröll ca. Rickel in Glauberg 1821; Beleg 42. 2) Samuel Idstein v. Babenhausen ca. Jüdel Oestreichs W. das. E. v. 17. März 1838; Beleg 44. 3) Flath ca. Anthes E. v. 23. Aug. 1842. Hier handelte es sich um Verfolgung des Remed. rest. ob novas probationes gegen ein den Beklagten zum Erfüllungseid zulassendes Erkenntniß; das Gesuch wurde verworfen, weil die neuen Beweise nicht geeignet seien, einen begangen werdenden Meineid darzuthun; Beleg 47. 4) Sator ca. Handwerk 1842. Hier war gegen ein die Kläger zum Erfüllungseid zulassendes Erkenntniß das Remed. rest., gestützt auf angeblich neue Beweismittel, geltend gemacht worden; dasselbe wurde verworfen wegen Mangels des versuchten Nachweises eines bevorstehenden Meineids. Eine ähnliche Entscheidung erfolgte auf ein zweites Restitutionsgesuch. 5) Hitzel ca. Glockengießer 1842. Hier wurden die Kläger, nachdem auf stattgehabte Beweisführung den Beklagten der Reinigungseid auferlegt worden, mit dem Remed. rest., gestützt auf angeblich neu entdeckte Beweismittel, noch zugelassen. Es wurde aber auch hier nach einer später im Jahre 1844 erstatteten Relation angenommen, daß zur Begründung des Rest.-Gesuchs die Nachweisung des bevorstehenden Meineids erforderlich gewesen. 6) Stadt Münzenberg ca. Graf Solms-Laubach. Hier war bei dem von der Stadt M. geltend gemachten Remedium rest. ob noviter reperta von dem Meineidsbeweis Umgang genommen worden (es handelte sich damals um Beseitigung eines den klagenden Theil zum Erfüllungseid zulassenden Urtheils), als jedoch später die Stadt M. zum zweitenmal um Restitution, gestützt auf neu entdeckte Beweise, nachsuchte, kam man wieder darauf zurück, daß dieses Rest.-Gesuch nur dann beachtet werden könne, wenn zugleich der Nachweis eines bevorstehenden Meineids geliefert werde, 1846. 7) Hebenstreit ca. Ackermann. Hier war gegen das, nach ausgeschwornem Erfüllungseid ergangene, dem Beweisführer günstige Erkenntniß das Remed. rest. ob noviter reperta geltend gemacht worden und es wurde dabei angenommen, daß zur Begründung die Nach-

Digitized by Google

weisung eines abgeleisteten Meineids erfordert werde. 1840. 8) Ysenburg-Birstein ca. Sprendlingen. Hier sollte mittelst solcher neuer Beweismittel, welche der Implorant nach Ablauf der Beweisfrist resp. neu entdeckt hatte, welche aber von Seiten des Anwalts schuldvoll vor dem der Beklagten den Erfüllungseid zuerkennenden Urtheil nicht eingebracht waren, Restitution gegen letzteres Urtheil erlangt werden; das O.A.G. wies durch E. v. 9. Juli 1847 das Restitutionsgesuch ab, weil der Meineidsbeweis nicht versucht worden war. Beleg 52.

2) Die sub 1 hervorgehobene Behauptung kann nur durch solche Beweismittel erwiesen werden, welche Implorant früher nicht gekannt hat, und es sind also alle ihm früher bekannt gewesene Beweismittel unbedingt und selbst dann ausgeschlossen, wenn ihm nach sonstigen allgemeinen Regeln insofern Restitution zu Statten käme, also z. B. auch in dem Falle, wenn er sie wegen eines entschuldbaren Hindernisses und aller Mühe ungeachtet nicht hat herbeischaffen können, oder wenn sie durch die Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts versäumt worden sind. Vgl. Rel. O.A.Gs. in S. Kröll ca. Nickel 1821, Beleg 42. Hier hatte Implorantin nur behauptet, sie wolle durch 3 Zeugen eine bestimmte Thatsache nachweisen, aus welcher folge, daß Gegner einen Meineid schwören werde. Das Gesuch wurde neben dem Grunde, daß aus der betr. Thatsache ein Meineid nicht folge, auch deßhalb abgeschlagen, weil die Zeugen nicht neu aufgefunden seien. Ferner vgl. sämmtliche zur vor. Nr. alleg. Rechtssachen und Merle ca. Kunz, Beleg 43.

In S. J. Heerdt ca. Peter Horst v. Leusel — E. v. 29. März 1862 — führte der Ref. des Hof-Gs. in G. aus, daß die fragl. durch die PO. statuirte Restitution wegen drohenden oder abgeleisteten Meineids bezüglich des zu benutzenden Beweismaterials unter den Grundsätzen des durch die VO. v. 12. April 1806 regulirten Remedium restitutionis stehe, und also nicht blos früher unbekannte Urkunden und Zeugen (noviter reperta im strengen Sinn), sondern auch solche zulässig seien, welche Implorant a. a. Mühe ohnerachtet nicht habe herbeischaffen können (§. 47 Nr. 3). Diese Ansicht scheint indessen mit den Worten der oben ausgehobenen Bestimmung der P.O., welche ausdrücklich nur „vorhin unbekannte" Beweismittel statuirt, nicht in Einklang gesetzt werden zu können.

3) Die P. O. und das O.A.G.-Präj. 36 unterscheiden nicht zwischen einem de veritate und einem de nescientia und credulitate abzuleistenden oder abgeleisteten Eid und es gelten daher die Bestimmungen sub 1 u. 2 auch von der letzteren Art des Schiedseides.

Digitized by Google

In diesem Sinne hat sich auch das Hofgericht in Gießen ausgesprochen in S. Heinrich Kern von Meiches ca. Joh. Bock daselbst, Herausgabe v. Dünger, betr. lt. Plenarbeschl. v. 1. Febr. 1839. Notizenbuch Nr. 21: „da die ratio legis des fr. 31 D. de jurejur. (12. 2) allgemein und das Präj. des O.A.Gs. 36 auch von jener Art des Haupteides zu verstehen sei."

4) Die P.O. bestimmt nicht ausdrücklich, bis zu welchem Zeitpunkt die ignorantia der neuen Beweismittel gedauert haben müsse, sie spricht nur von „vorhin" unbekannt gewesenen Documenten u. s. w., und ebenso spricht das O.A.G.-Präj. 36 nur von „neu aufgefundenen Beweismitteln." Es müssen daher insofern die allgemeinen Grundsätze des §. 21 ergänzend eintreten. Danach müssen aber die neuen Beweismittel, wenn es sich

a) um die Zurücknahme eines acceptirten, aber noch nicht ausgeschwornen Eides handelt, dem Imploranten bis zu der Eideszuschiebung unbekannt gewesen (sie müssen erst nach dieser aufgefunden worden) sein;

Handelt es sich aber

b) um die Vernichtung eines ausgeschwornen Eides, welchem noch kein Erkenntniß gefolgt ist, so müssen sie erst nach der Ausschwörung aufgefunden worden sein.

Handelt es sich endlich

c) um Anfechtung eines auf einen Haupteid gestützten Urtheils, so muß die Unkenntniß bis zu diesem Urtheil, und, wenn es rechtskräftig ist, bis zum Eintritt der Rechtskraft gedauert haben.

5) Der unter 1 bemerkte Meineidsbeweis kann auch nicht dadurch vermieden oder umgangen werden, daß um Restitution gegen die vom Prozeßgegner geschehene Eidesacceptation, gestützt auf eine Saumseligkeit des Anwalts, nachgesucht wird. Denn wenn auch der Anwalt in der Lage gewesen sein sollte, schon vor erfolgter Acceptation des Eides denselben zurückzunehmen und ihm andere Beweismittel zu substituiren, und wenn auch der Anwalt in deren Benutzung geradezu nachlässig gewesen sein sollte, so kann doch die gegentheilige Acceptation des Eides nicht als eine unmittelbare Folge jener Saumseligkeit des Anwalts und eben darum nicht als ein zur Restitution geeignetes Verhältniß betrachtet werden. Dies um so weniger, als wenn ein Anwalt, den besonderen Stand des Prozesses außer Acht lassend, es versäumt, vor erfolgender Acceptation des zugeschobenen Eides denselben zurückzunehmen, um hierdurch seine Parthie des schwierigen Beweises eines von dem Prozeßgegner begangen werdenden Meineids zu überheben, resp. um die retractatio

Digitized by Google

juramenti seiner Parthie zu erleichtern, diese Versäumniß nur als ein Versäumniß in der zweckmäßigen Betreibung der Sache angesehen werden kann, gegen derartige Versehen eines Anwalts aber nach einer constanten Praxis des O.A.Gs. nicht restituirt wird.

Vgl. die S. Büdingen ca. Haingründau, E. des O.A.Gs. v. 24. Sept. 1845.

6) Sollte durch Fehlsicht des Gerichts der Fall eintreten, daß, trotz der Acceptation des Schiedseides, der Deferent mit Beweismitteln zugelassen würde, welche bloß auf die objective Unrichtigkeit des Beweisthemas gerichtet sind, und sollte Implorat sich hierbei beruhigen, so ist die Sache so aufzufassen, als habe der Producent die Eideszuschiebung fallen lassen, und als sei von dem Producenten auf die ihm durch die Eidesacceptation erwachsenen Rechte verzichtet worden, weßhalb nur die Relevanz der neuen Beweise (in Verbindung mit den etwa früher producirten) zu prüfen ist.

Hiermit ist conform ein Plenarbeschluß des Hofgerichts in Gießen v. 8. Nov. 1822 in S. Herz Langsdorf v. Battenberg ca. Förster Cröhl von Rennertehausen.

II. Nothwendiger Eid.

Das Präjudiz des O.A.Gs. Nr. 38 geht dahin:

„Die Bestimmung der P.O. von 1724 Th. II Tit. 5 §. 2 i. f., wonach ein bereits acceptirter freiwilliger Schiedseid wieder zurückgenommen werden kann, wenn mittelst vorhin unbekannt gewesener Documente oder Zeugen klärlich dargethan werden kann, daß derjenige Theil, welcher den deferirten oder zugeschobenen Eid abzuschwören übernommen, manifesto einen Meineid begehen würde, findet auch bei einem nothwendigen Eid (juramento litis decisorio necessario) Anwendung."

Dieses Präjudiz gibt zu zwei Fragen Veranlassung, von denen sich die erste auf den Umfang der Anwendbarkeit, die zweite auf den Moment, wo diese Anwendbarkeit eintritt, bezieht. Es fragt sich nämlich:

I. Ist durch dieses Präjudiz der nothwendige Eid dem Schiedseid unbedingt und also dergestalt gleichgestellt, daß die Anfechtung eines nothwendigen Eides nur auf Grund eines Meineidsbeweises erfolgen kann und Implorant bei Führung dieses Beweises auf vorhin unbekannte Beweismittel beschränkt ist?

Die Entscheidung dieser Frage liegt keineswegs in den Worten des obigen Präjudizes ausgesprochen; denn daraus, daß die

Digitized by Google

Zurücknahme oder die Vernichtung der Wirkung eines nothwendigen Eides dann gestattet sein soll, wenn mittelst vorhin unbekannter Beweismittel ein Meineid nachgewiesen werden kann, folgt nicht auch umgekehrt, daß jede andere Art der Restitution gegen einen nothwendigen Eid ausgeschlossen sei, vielmehr ließe sich denken:

a) daß ein Meineidsbeweis dann nicht erfordert sei, wenn auf andere, als neu aufgefundene (z. B. durch die Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts versäumte) Beweismittel Restitution gesucht werde, oder

b) daß wenn auch ein Meineidsbeweis unbedingt erforderlich sein sollte, dieser Beweis doch nicht ausschließlich mit neuaufgefundenen Beweismitteln zu führen wäre;

allein nach der Entstehungsgeschichte des fraglichen Präjudizes wird die Frage bejahend zu beantworten sein.

Unter dem Präjudiz sind drei Rechtssachen allegirt: Conrad Lang zu Wohnfeld ca. Kaspar Müller das. 1830. Barbara Kröll aus Enzheim ca. Georg Nickel zu Glauberg. 1821. Heinrich Ludwig Werle (soll heißen Merle) zu Homburg (soll heißen Homberg) gegen Simon Kunz und dessen Erben zu Holzhausen. 1825. Die zwei letzteren handeln aber nicht von dem nothwendigen Eid, sondern von dem freiwilligen, Bel. 42 u. 43, und nur die erste schlägt vollständig hier ein; Bel. 46. In dieser ist nun der Grundsatz ausgeführt, daß, was nach der P.O. in Bezug auf den freiwilligen Eid bestimmt sei, auch auf den rechtskräftig zuerkannten nothwendigen Eid Anwendung leiden müsse, indem der letztere dem acceptirten freiwilligen Eide gleich stehe. Hiernach kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß die früher ausgehobene Stelle der P.O. ihrer ganzen Kraft nach auf den nothwendigen Eid herüber genommen ist, woraus dann folgt, daß eine Deutung des Präjudizes in dem oben sub a und b erörterten Sinn unzulässig ist.

Hiermit stimmt ein in S. Wallhaus ca. Riedesel (Bel. 55) vom O.A.G. in Pleno am 22. October 1855 gefaßter Beschluß überein. Im concreten Falle handelte es sich um eine Restitution gegen einen nothwendigen (Erfüllungs-) Eid, gestützt auf Beweismittel, die durch die Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts versäumt worden seien. Obgleich die beiden Referenten relevirt hatten, daß die Bestimmung der P.O. sich lediglich auf das s. g. Remedium rest., nicht aber auf das im concreten Fall vorliegende Beneficium rest. beziehe, und daß die Hessische Gesetzgebung die Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts als Restitutionsgrund ganz allgemein, also auch gegen rechtskräftiges Erkenntniß zulasse, so faßte doch das Collog Beschluß im obigen Sinn, und gewiß mit Recht, da die ausgehobene Stelle der P.O. die ausgesprochene Beschränkung ganz kategorisch und dergestalt ver-

Digitized by Google

ordnet, daß die dort statuirte Restitution augenscheinlich die allein zulässige sein soll, und die generell ausgesprochene Zulässigkeit des Restitutionsgrunds der Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts jene auf einem ganz speciellen Gesichtspunkt beruhende Beschränkung nicht beseitigen kann. Der fragliche Plenarbeschluß steht im Einklang mit dem bereits am 11. März 1842 gleichfalls in Pleno aufgestellten Grundsatz: „daß das gedruckte Präjudiz Nr. 37 bei auferlegten und acceptirten (nothwendigen) Eiden unbedingt zur Anwendung zu bringen sei und demzufolge die Ableistung des acceptirten nothwendigen Eides nur allein noch dadurch verhindert werden könne, daß die bei der Nichtableistung des Eides interessirte Parthie durch vorhin unbekannt gewesene Documente oder Zeugen klärlich darzuthun im Stande sei, daß derjenige, welchem der nothwendige Eid auferlegt worden, manifesto einen Meineid begehen würde."

II. In welchem Augenblick beginnt die Anwendbarkeit des fraglichen Präjudices?

Die vom Haupteid auf den nothwendigen Eid herübergenommene Bestimmung der P.O. beruht auf dem Gedanken, daß mit der Acceptation des Haupteides dem Acceptanten ein festes Recht erwachse. Dieser Gedanke, auf den nothwendigen Eid übertragen, führt dazu, bei einem solchen Eide das Präjudiz 37 erst dann in Wirkung treten zu lassen, wenn der Parthie, welcher das betr. Erkenntniß den Eid zuspricht, wirklich ein festes Recht auf dessen Ausschwörung erwachsen ist; demgemäß muß aber die Anwendbarkeit des Präjudices cessiren:

a) wenn das auf den nothwendigen Eid erkennende Urtheil die Rechtskraft noch nicht beschritten hat, weil hier das Recht der Parthie noch in suspenso ist.

Dieser Grundsatz ist von den Ref. des O.A.Gs. angenommen in S. Hartmann ca. Hartmann, Rel. zum E. v. 13. Febr. 1856 (vgl. auch Concl.note in S. Wallhaus ca. v. Riedesel v. 22. October 1855), ebenso von dem Hofg. in G. in S. Vogel u. Cons. v. Mainzlar ca. Christ Rau v. Salzböden 21. Oct. 1862, Achenbach ca. Thomä II. zu Breidenbach, 1862, u. das Hofg. in D. hat ihn mittelst gedruckten Präjudices Nr. 98 anerkannt.

Das Dasein resp. Nichtdasein der Rechtskraft ist nach der Zeit der Einreichung des Gesuchs zu beurtheilen. Vgl. Rel. Hofg. in D. in S. Wolf ca. Mager, Bel. 49. — In S. Hofbauer ca. Schaumbergs Wtw. v. Kirtorf hat das Hofg. in G. am 3. Mai 1862 ein während des Laufs der Revisionsrechtfertigungsfrist beim Untergericht eingereichtes Restitutionsgesuch, vermittelst dessen noviter reperta eingebracht werden sollten, verworfen, indem es annahm, daß durch die Einreichung die Rechtskraft

Digitized by Google

des auf den Erfüllungseid des Gegners erkennenden Urtheils eingetreten, unter solchen Umständen aber nur dann eine rest. ob novitor reperta zulässig gewesen sei, wenn der Meineidsbeweis geführt werde. Diese Entscheidung war aber nicht zu billigen. Abgesehen davon, daß die Einreichung eines Restitutionsgesuchs keineswegs eo ipso die Rechtskraft zur Folge hat, so kann ein Umstand, welcher erst im Gefolge und als Wirkung der Einreichung eintritt, unmöglich zugleich auch schon als Basis bei Prüfung der Requisite des Restitutionsgesuchs verwerthet werden.

b) Wenn dem Gegner des Beweisführers der Reinigungseid zwar rechtskräftig zuerkannt ist, der Beweisführer sich aber vorsorglich Eidesdelation vorbehalten hat, weil hier der Beweisführer seine primäre Beweisführung fallen lassen und dadurch das Recht des Gegners auf den Reinigungseid zu nichte machen kann.

Dieser Satz ist vom Hofg. in D. angenommen in S. Löffler ca. Pfeifer 7. Oct. 1854. Kahn ca. Rauch 22. Dez. 1854. Notizenbuch 324. Beleg 50.

Macht der Beweisführer von der Eidesdelation Gebrauch, so treten nun die über den freiwilligen Eid geltenden Grundsätze ein, d. h. mit der Acceptation des Eides tritt die Erschwerung in Kraft. Dieser Satz ist in einer Rel. des Hofgs. in D. in S. Jonas Goldschmieds Erben, Bekl. ca. Georg Hunkel, Forderung betr. (Beleg 51), außer Acht gelassen, indem der Referent davon ausging, daß schon das Gebrauch machen von der vorbehaltenen Eideszuschiebung die Nothwendigkeit des Meineidsbeweises mit sich führe, weil Deferent dann die Wahl des Schiedseides nicht mehr habe. Die Entscheidung qu. war übrigens auch dadurch motivirt, daß der Imploraut der eventuellen Eideszuschiebung durch verspäteten Gebrauch verlustig gegangen sei, ein Grund, der allerdings für sich allein genügte, weil die Rechtskraft des auf den nothwendigen Eid sprechenden Urtheils schon früher eingetreten war.

Einer Acceptation des nothwendigen Eides bedarf es niemals, denn bei dieser Art des Eides kann überhaupt eine wahre Acceptation, in dem Sinn, daß dadurch ein Recht erworben wird, nicht vorkommen (eine solche ist nur unter Voraussetzung einer Willenserklärung — Offerte — des Gegners denkbar), sondern die Parthie erklärt sich höchstens zur Befolgung des betr. Urtheils, welches ihr das Recht bereits zuerkannt hat, bereit, wenn sie nicht, was ebenso wirksam ist, sich lediglich zur Ausschwörung sistirt.

Digitized by Google

Der früher erwähnte Plenarbeschluß O.A.Gs. vom 11. März 1842 gebraucht zwar die Worte „acceptirten nothwendigen" Eiden, vgl. aber Rel. in S. Antes ca. Math 1842. (Beleg 47) u. i. S. Hartmann ca. Hartmann 1857 (Bel. 48), wo die Acceptation als unnöthig bezeichnet ist. Das Hofg. in D. hat diesen Grundsatz mittelst gedr. Präj. 98 anerkannt.

In den bisherigen Erörterungen war zunächst nur die Rede von der Verhinderung eines noch nicht ausgeschwornen nothwendigen Eides, nicht von der Vernichtung der Wirkung eines bereits ausgeschwornen nothwendigen Eides oder des darauf gebauten Urtheils. Es gelten aber hier mut. mut. ganz die bei dem Haupteide vorgetragenen Grundsätze. Vgl. O.A.Gs.-Präj. 36 und Rel. O.A.Gs. in S. Hebenstreit ca. Ackermann 1840.

Ueber die Wirkung der Zurücknahme eines noch nicht ausgeschwornen freiwilligen oder nothwendigen Eides, vgl. §. 83 Note 4.

Es ist schließlich noch ein Wort über die innere Berechtigung des O.A.Gs.-Präjudizes Nr. 37 beizufügen, insofern es die Bestimmung der PO. über den Schiedseid überhaupt auf den nothwendigen Eid überträgt. Diese innere Berechtigung muß nun aber verneint werden.

Die früher ausgehobene Stelle der PO. spricht ihrem Wortlaute nach ausdrücklich nur von dem freiwilligen Schiedseide, und nicht allein, daß sie die schon im gemeinen Rechte anerkannte vergleichsartige Natur des Schiedseides durch das Erforderniß des Meineidsbeweises anerkennt, so läßt sie sogar jene Vertragsnatur noch schärfer hervortreten, indem sie einestheils schon der Acceptation des Schiedseides die bindende Kraft zuerkennt, welche das römische Recht erst an die Ausschwörung knüpfte, anderntheils sogar nur solche Beweismittel zuläßt, welche Implorant früher nicht gekannt hatte, und also die gekannten als durch den Vergleich consumirt ausschließt. Die Herübernahme der desfallsigen Vorschrift auf den nothwendigen Eid könnte nun vor Allem nur dann geschehen, wenn eine ächte und wahre Analogie dieselbe rechtfertigte. Eine solche analoge Ausdehnung hat aber keinerlei Gründe für sich, denn die in Rede stehende Beschränkung der Restitution bei dem freiwilligen Eide hat unzweifelhaft ihren einzigen Grund in der vergleichsartigen Natur jenes Eides, welche Natur dem nothwendigen Eide völlig abgeht. Der letztere hat lediglich die Natur eines Beweismittels, ein vertragsartiges Verhältniß liegt nicht vor, denn es fehlt die erste und Grundbedingung eines solchen Verhältnisses, eine Willenserklärung der Parthieen. Eine etwaige Bereiterklärung der Parthie, den nothwendigen Eid ableisten zu wollen, kann aber

Digitized by Google

jenen Mangel nicht heben, der Parthie kein festeres Recht verschaffen, als sie ohnehin durch das Urtheil hat, welches auf den Eid erkennt. Wenn hiergegen hervorgehoben werden will, daß die Parthie durch die Rechtskraft des fraglichen Urtheils ein ebenso festes Recht wie durch die Acceptation eines freiwilligen Eides erlange, so ist dieß nicht allein eine petitio principii, sondern es läßt sich auch nicht einsehen, warum die Rechtskraft eines auf einen nothwendigen Eid erkennenden Eides mächtiger wirken sollte, als die Rechtskraft eines Urtheils, welche den Beweis für vollständig erbracht erklärt, gegen welch' letzteres doch Restitution schlechtweg zugelassen wird. Der Grund beweist daher offenbar zuviel. Werden wir nun aber schon nach allgemeinen Grundsätzen eine solche analoge Ausdehnung nicht billigen können, so stehen einer solchen Ausdehnung sogar positive Gesetze entgegen, denn das römische und canonische Recht, die sonst wegen Unkenntniß von Beweismitteln Restitution contra rem jud. schon im Allgemeinen nicht, unzweifelhaft aber beim ausgeschwornen Schiedseid nicht, zulassen, statuiren, in richtiger Würdigung, daß der nothwendige Eid nur ein Nothbehelf sei, grade in einem solchen Falle ausnahmsweise das Einbringen neuer Beweismittel. Wo aber positive Vorschriften vorliegen, kann schon deßhalb eine Analogie nicht stattfinden. In der That haben sich denn auch im Schooße des höchsten Gerichts selbst schon öfter Stimmen gegen jenes Präjudiz erhoben, ohne daß sich indessen bis jetzt die Rechtsprechung insofern geändert hätte. Vgl. über diesen Punkt folg. Rechtssachen: a) In S. Flath ca. Anthes 1842, Beleg 47. b) In S. Solms-Laubach ca. Stadt Münzenberg. Hier wurde am 18. Sept. 1845 in Pleno collegii von Seiten einiger Mitglieder die Ansicht geltend gemacht, daß das am 11. März 1842 angenommene Präjudiz mit den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen nicht im Einklang stehe, es wurde jedoch per majora beschlossen, daß es bei jenem Präjudiz sein Bewenden behalten solle. c) In S. Ysenburg-Birstein ca. Sprendlingen, Rel. v. 1847. Hier bemerkte der Referent: „Ich bin zwar weit entfernt, eine ausdehnende Interpretation des mehrerwähnten, meiner persönlichen Rechtsansicht widerstreitenden Präjudizes Nr. 37 befürworten zu wollen" ꝛc.

Digitized by Google

Zweiter Theil.

Regeln, nach welchen die Restitution zur Ausführung gebracht wird.

Erstes Hauptstück.

Das Gericht.

§. 56.

I. Allgemeines.

Bei Prüfung des Rechts der Behörden zur Ertheilung der Restitution ist zu unterscheiden:

1) deren Recht zur Restitutionsertheilung überhaupt — Gerichtsbarkeit,
2) deren Recht zur Restitutionsertheilung im einzelnen Fall — Gerichtsstand, Competenz.

§. 57.

II. Gerichtsbarkeit.

Während nach römischem Recht die Befugniß zur Ertheilung der Restitution ursprünglich in Rom und in Italien nur dem Prätor, in den Provinzen nur dem Statthalter, zur Kaiserzeit aber in ähnlicher Weise nur den höheren Obrigkeiten zustand (eine Bestimmung, die durch Justinian insofern abgeändert wurde, als er bestimmte, daß die höheren Obrigkeiten auch durch commissarische Richter die Restitution prüfen und ertheilen lassen könnten, ingleichen daß die von ihnen für eine andere ganze Sache ernannten Commissarien auch eine darin gelegentlich vorkommende Restitution ertheilen

Digitized by Google

sollten) — ist nach heutigem Rechte jeder ordentliche Richter zur Erkennung über die nachgesuchte Restitution berechtigt [1]).

§. 58.

III. Gerichtsstand.

Nach römischem Recht galten folgende Grundsätze:

1) ein niederer Beamte kann nie gegen Verfügungen und Urtheile eines höheren Restitution ertheilen, l. 18. 42. D. de min. (4. 4);
2) derselbe Beamte, welcher die nachtheilige Verfügung u. s. w. erlassen hat, oder dessen Nachfolger, kann selbst gegen diese Verfügung restituiren; daneben besteht aber
3) die Befugniß der Parthie, sofort, mit Umgehung des Beamten, welcher die verletzende Verfügung erlassen, einen gleichgestellten oder höheren Beamten — vorausgesetzt nur, daß die Sache an sich zu dessen Cognition gehörte, — anzugehen, so daß also die Parthie die Wahl zwischen mehreren competenten Behörden hatte. l. 18. 42. cit.

Nach heutigem Recht müssen die zwei ersten Sätze noch als völlig anwendbar, der dritte aber als dergestalt weggefallen angesehen werden, daß jetzt der Richter, welcher die verletzende Verfügung erlassen hat, resp. bei welchem der betr. Nachtheil eingetreten ist, ausschließlich competent erscheint, woraus denn auch folgt, daß die Restitution nicht allein keineswegs eo ipso den Devolutiveffect mit sich führt [1]), sondern daß auch die Parthie nicht einmal die Befugniß hat, durch ihren Willen die Restitution sofort an den höheren oder an einen coordinirten [2]) Richter zu bringen.

---

1) In Hessen die Stadt- und Landgerichte, die Hofgerichte, das Oberappellations- u. Cassationsgericht.

2) Es ist dieß durch einen Plenarbeschluß des Reichskammergerichts vom 7. April 1702 in S. Cramінkel. ca. Stift Bilefeld, ausdrücklich anerkannt worden. Vgl. Lauterbach Coll. theor. pract. Lib. 49. Tit. 8. §. 9. Die Rechtslehrer sind auch hierüber im Allgemeinen einig. Gönner Handbuch III S. 512. Gensler Archiv f. civ. Pr. IV S. 138. Bickell l. c. S. 133.

3) Burchardi S. 550.

Digitized by Google

Die consequente Durchführung dieser Sätze führt nun aber in Anwendung auf die einzelnen zu heilenden Läsionen wieder weiter zu folgenden Sätzen:

1) Handelt es sich lediglich um Restitution gegen eine Fristversäumung, so ist nur der Richter, bei welchem die Frist zu wahren war, competent. Eine Ausnahme findet statt bei der Restitution gegen versäumte Nothfristen devolutiver Rechtsmittel, welche nur beim Oberrichter nachgesucht werden kann [3]).

Gönner Handbuch III. Abh. 58.

2) Handelt es sich um Restitution gegen ein positives Vorbringen, ohne daß Urtheil gefolgt ist, so ist derjenige Richter competent, bei welchem der betr. Nachtheil entstanden ist.

3) Handelt es sich um Restitution gegen ein Urtheil, so ist der Richter competent, welcher dieses Urtheil erlassen hat. Ist im Wege der ordentlichen Rechtsmittel in der höheren Instanz auf eine Abänderung des ursprünglichen Erkenntnisses erkannt worden und bezieht sich die Restitution auf diese abgeänderten Theile, so ist gerade deßhalb derjenige Richter competent, welcher diese Abänderungen ausgesprochen hat, also der betreffende höhere Richter [4]).

---

[3]) Anders nach Hess. Recht. Danach ist die Restitution bezüglich des Interpositionsfatales und der Rechtfertigungsfrist bei dem judex a quo zu suchen. Ges. vom 20. Aug. 1848. Art. 18.

[4]) Wollte man hier den Unterrichter restituiren lassen, so würde dies gegen den Grundsatz verstoßen, daß ein niederer Richter gegen Entscheidungen des höheren nie restituiren kann. l. 18 de min. (4. 4). Savigny System VII. §. 334. Aus diesem Grunde ist die Ansicht Heimbach's in Weiske's Rechtslexikon Bd. IX S. 375: daß stets der Richter, bei welchem die Rechtssache in erster Instanz anhängig, derjenige sei, bei welchem das Restitutionsgesuch eingebracht werden müsse, verwerflich. Das von Heimbach angeführte Recht der Parthie auf drei Instanzen kann, abgesehen davon, daß es bei einer außerordentlichen Rechtshilfe, wie die Restitution, nicht einmal unbedingt platzgreiflich erscheinen könnte, seine Ansicht nicht rechtfertigen, weil es gesetzlich feststeht, daß gerade bei Restitutionsgesuchen das Recht der Parthieen auf die sonst gesetzlichen Instanzen

Digitized by Google

Ist das Restitutionsgesuch gegen mehrere Erkenntnisse gerichtet und ist auch nur eines derselben eine reformatoria, so ist das Gesuch bei dem Richter, welcher die reformatoria erlassen hat, einzubringen. Eine Prorogation der Parthie auf einen niedereren Richter ist unstatthaft, ein Restitutionsgesuch kann daher wegen mangelnder Competenz des Unterrichters vom höheren Richter in appellatorio von Amtswegen und also selbst dann abgewiesen werden, wenn der imploratische Theil einen Einwand oder eine Beschwerde wegen der Competenz nicht erhoben hat.

Wird die Restitution mit einem devolutiven Rechtsmittel cumulirt und erkennt der höhere Richter bezüglich derjenigen Punkte, auf welche sich das Restitutionsgesuch bezieht, aus Rücksicht des devolutiven Rechtsmittels abändernd, so hat er auch über das Restitutionsgesuch zu erkennen. Wird dagegen das devolutive Rechtsmittel aus formellen oder materiellen Gründen verworfen, so hat der höhere Richter das Restitutionsgesuch an den judex a quo zur Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen und zwar zu möglichster Wahrung der drei Instanzen.

Hat aus einem der angeführten Gründe der Richter höherer Instanz zu erkennen, so lassen sich in Ansehung der Handlungen des Oberrichters zwei Möglichkeiten denken:

a) entweder läßt der Richter der höheren Instanz über das neu einzubringende Material bis zum Schluß verhandeln und ertheilt nach dem materiellen Ergebniß endliche Entscheidung (d. h. er behält das judicium rescissorium neben dem rescindens);

b) oder er prüft nur die Zulässigkeit des neuen Materials, verwirft oder läßt dasselbe praevia instructione zu, und verweist

---

der Vorschrift „minor magistratus contra sententiam majorum non restituit“ gegenüber cessirt l. 18 dt. Burchardi l. c. S. 550 u. 551. Der Satz, daß in Deutschland jeder Richter und jedes Gericht als zur Ertheilung der Restitution befugt angesehen werde, beweist ebensowenig, da aus der Befugniß des Unterrichters zur Aburtheilung von Restitutionsgesuchen überhaupt (Gerichtsbarkeit) für dessen Befugniß im einzelnen Falle (Competenz) Nichts folgt.

Digitized by Google

im letzteren Falle die weitere Verhandlung bezüglich des neuen Einbringens und den Entscheid über das Resultat an den judex a quo zurück (d. h. er verweist das rescissorium an den judex a quo).

Nur das erste Verfahren ist das der Natur der Restitution entsprechende, weil sonst der niedere Richter in Wahrheit schließlich die Restitution ertheilen würde [5]).

---

[5]) Das Hessische Gesetz vom 12. Juli 1842 den Devolutiveffect des Rechtsmittels der Restitution betr. bestimmt:

Art. 1. Das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen richterliche Erkenntnisse ist immer bei demjenigen Richter zur Verhandlung und Entscheidung einzuführen und anzubringen, welcher das im Wege der Restitution aufzuhebende oder abzuändernde Erkenntniß gefällt hat. Dieses ist der Richter der höheren Instanz, wenn von diesem ein ganz oder theilweise abänderndes Erkenntniß in der Sache erlassen worden ist und im letzteren Falle das Restitutionsgesuch sich nicht auf die bestehen gebliebenen Bestimmungen des untergerichtlichen Erkenntnisses beschränkt; in allen übrigen Fällen ist es der Richter der unteren Instanz.

Art. 2. Wird das Rechtsmittel der Restitution mit einem bei dem höheren Richter zu verfolgenden (devolutiven) Rechtsmittel cumulirt, so erstreckt sich die Competenz dieses höheren Richters ausnahmsweise auch auf jenes Rechtsmittel. Dieser kann indessen, wenn er das devolutive Rechtsmittel aus formellen oder materiellen Gründen verwirft, das Rechtsmittel der Restitution zur Verhandlung und Entscheidung an den Richter voriger Instanz verweisen.

Um in Anwendung dieses Gesetzes sicher zu gehen, ist zu bemerken:

1) Das O.A.G. wendet dieses Gesetz nur auf diejenigen gegen Urtheil gerichteten Restitutionen an, welche es technisch als Remedium rest. bezeichnet (welches letztere aber nicht das ganze Gebiet der Restitutionen gegen Urtheil erschöpft; vgl. Beilage).

2) Das O.A.G. gibt dem Art. 1 die Auslegung, daß in dem Falle, wenn das von dem Mittelgericht reformirte Landgerichtserkenntniß in der obersten Instanz, unter Aufhebung des mittelgerichtlichen Erkenntnisses, pure wiederhergestellt worden, das Rechtsmittel der Restitution bei dem Landgericht, als demjenigen Gerichte, von welchem das in letzter Instanz bestätigte Urtheil erlassen worden, angebracht werden müsse. Plenarbeschluß v. 30. October 1845 in S. Damian Scharfs We

Zweites Hauptstück.

Die Parthieen.

§. 59.

I. Allgemeines.

Jedes Prozeßrestitutionsgesuch setzt einen schwebenden oder erledigten Prozeß voraus. Da nun jeder Prozeß regelmäßig nur

jetzt verehel. Henkel in Okarben ca. den Gr. Cameralfiscus, die Herausgabe eines Erbleihguts betr.

3) Das O.A.G. ist bisher in seiner Rechtsprechung der Ansicht gefolgt, daß demjenigen Gerichte, bei welchem nach Art. 1 des Gesetzes das Rechtsmittel der Restitution anzubringen ist, auch die Entscheidung nicht bloß über die Zulässigkeit der neu aufgefundenen Beweise, sondern auch über das Ergebniß derselben zustehe, die neuen Beweise also auch vor diesem Gerichte auszuführen seien und nach geschehener Ausführung von ihm über deren Resultat abzuurtheilen sei. Gemeinde Florstadt ca. Peter Wiltheis 1845, Georg Bötzel zu Elsoff ca. Jakob Eckhard zu Burghöll bei Dodenau. 1848. Linde Handbuch II S. 748. Auch das Hofgericht in Gießen, welches früher eine andere Rechtsprechung befolgte, hat sich jetzt dieser Ansicht zugewendet. Vgl. Notizenbuch Nr. 46.

4) Das O.A.G. hat in mehreren Sachen, in welchen die Gerichte der vorderen Instanzen über den materiellen Gehalt des Remedium rest. erkannt hatten, während das aus dem Wege zu räumende Erkenntniß von dem höchsten Gericht erlassen worden war, auf ergriffene Oberappellation wegen Incompetenz des Gerichts, bei welchem das Restitutionsgesuch angebracht worden, dasselbe wie angebracht abgewiesen, ohne auf die Materialien der Sache selbst einzugehen, obschon die vorgelegene Oberappellationsbeschwerde nicht auf jene Incompetenz der vorderen Gerichte, sondern auf materielle Gründe gestützt war. Gemeinde Florstadt ca. Wiltheis. 1845. Sator ca. Handwerk. 1842. Hartmann ca. Hartmann. 1857. Beleg 48.

Handelt es sich um eine solche Restitution gegen Urtheil, welche nach der Rechtsprechung nicht als Remedium, sondern als Bene-

Digitized by Google

inter partes wirkt, die prozessualische Restitution aber lediglich den Zweck hat, die durch den Prozeß und in dem Prozeß entstandenen Nachtheile zu heben, so folgt daraus:

I. in Ansehung der Berechtigung zur Nachsuchung der Restitution, daß

1) zunächst und unmittelbar zur Restitution nur berufen ist die verletzte Prozeßpartheie, also entweder der im Prozeß aufgetretene Kläger oder der Beklagte, oder der bereits wirklich aufgetretene Intervenient.

Aus allgemeinen Grundsätzen folgt aber weiter, daß außer der verletzten Prozeßpartheie berufen sind diejenigen, welche kraft universellen oder singulären Titels ihr Recht von der verletzten Prozeßpartheie herleiten, also

2) die Universalsuccessoren,

3) die Fideicommißerben,

4) die Successoren in ein peculium castrense.

Ferner kann unter Umständen das Recht zur Restitution

---

ficium restitutionis anzusehen ist, so geht die Rechtsprechung dahin, daß das erstinstanzliche Gericht zu erkennen hat. Notizenbuch des O.A.Gs.

Diese Rechtsprechung hängt mit der Ansicht zusammen, daß hier die Restitution zunächst gegen den Ablauf einer Frist gehe und das Urtheil nur folgeweise falle. Letztere Ansicht ist aber schon oben bekämpft worden, S. 21 Note 11, und selbst ihre Richtigkeit unterstellt, rechtfertigt sie nicht ein Außerachtlassen der Vorschrift, daß der niedere Richter nicht gegen Urtheile des höheren restituiren dürfe.

Wird das Beneficium restitutionis eventuell mit der Apellation cumulirt, die Appellationsprozesse werden aber abgeschlagen, so wird das Beneficium an den vorigen Richter zurückverwiesen. Fiskus ca. gewes. Hoheitsschultheis Jeckel zu Laubach, Entschädigung wegen verlornen Dienstteinkommens betr. 1831.

In ähnlicher Weise wird das Restitutionsgesuch, wenn es mit der Revision gegen ein Erkenntniß der Deputation des O.A.Gs. verbunden ist, an die Deputation als I. Instanz zurückverwiesen. Abraham Lippmann ca. Fiskus in revis. 1827. Hardenberg ca. Prinz Georg von Hessen. 1837.

Bezüglich der Entstehungsgeschichte des Ges. v. 12. Juli 1842 vgl. Ausschußbericht Beleg 56.

Digitized by Google

5) durch Concurserkennung auf die Gläubigerschaft und
6) durch Cession des Klaganspruchs auf den Cessionar übergehen.

Endlich kann

7) der noch nicht aufgetretene Intervenient, da er in jeder Lage des Prozesses intervenire kann, unter Umständen ein Recht auf Restitution haben.

Der mit der Restitution Auftretende heißt Implorant, der Gegner Implorat [1]).

Was sodann

II. die Frage betrifft, gegen wen die Restitution gesucht werden könne und resp. müsse, so ist auch hier aus den Eingangs erörterten Gründen der Satz an die Spitze zu stellen, daß die Restitution

1) zunächst nur gegen den Prozeßgegner gesucht werden kann und muß.

Neben ihm sind zu nennen:

2) die Universalsuccessoren desselben,
3) dessen Fideicommißerben,
4) die Nachfolger in ein peculium castrense.

Auch hier kann unter Umständen die Pflicht, Restitution gegen sich ergehen zu lassen,

5) durch Concurserkennung auf die Gläubigerschaft und
6) durch Cession des Klaganspruchs auf den Cessionar übergehen.

Zu erwähnen ist

7) eine Besonderheit bei dem Concursprozeß. In diesem kann die Gläubigerschaft resp. die Concursmasse füglich Parthie gegen einzelne Gläubiger werden und es muß daher auch jene eintretenden Falls Restitution gegen sich ergehen lassen, allein diese Pflicht erlischt mit der Vertheilung der Concursmasse. Alsdann kann nämlich nicht mehr gegen die (nicht mehr existirende) Concursmasse Restitution nachge-

[1]) Nach Plenarbeschluß des O.A.Gs. in D. sollen die Ausdrücke „Restituent" „Restitut" nicht gebraucht werden.

Digitized by Google

sucht, sondern es kann nur noch gegen einzelne aus der Concursmasse befriedigte Gläubiger vorgegangen werden [2]).

Auf Grund obiger Regeln wird der Implorat in den meisten Fällen leicht zu finden sein, und es wird auch bei glücklicher Durchführung des Restitutionsprozesses der Verletzte regelmäßig den von ihm erstrebten Zweck vollständig erreichen. Es lassen sich aber auch complicirtere Fälle denken, wo selbst bei glücklicher Durchführung der Restitution gegen den Gegner, wie er oben bestimmt wurde, der Verletzte seinen Zweck nicht vollständig erreicht, z. B. wenn der verurtheilte Beklagte, der bereits das Object geleistet hat, Restitution gegen das Urtheil erlangt, der Kläger aber über die betreffende Sache bereits wieder disponirt, sie veräußert hat. Es ist zu ermitteln, wie sich dann das Verhältniß gestalte.

Dabei ist sich nun vor Allem darüber zu verständigen, ob hier die bereits erlangte Restitution gegen den Dritten ohne Weiteres, d. h. ohne daß er gehört worden wäre, geltend gemacht werden könne?

Diese Frage schlägt in die Wirkungen der Restitution ein und wird in §. 84 ihre verneinende Beantwortung finden. Hier bleibt daher nur zu untersuchen übrig: „Ob gegen den Dritten mit Erfolg Restitution nachgesucht werden könne?"

Darauf ist aber gewiß zu antworten, daß Alles auf den Zeitpunkt ankommt, in welchem der Prozeßgegner die Disposition über das Object getroffen hat. Hat er nämlich disponirt nach eingebrachtem resp. insinuirtem Restitutionsgesuch, so ist der Dritte verpflichtet, die Restitution gegen sich ergehen zu lassen, da nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze bei eingebrachtem Restitutionsgesuch Alles in der Lage bleiben solle, in welcher es sich zur Zeit des Restitutionsgesuchs befand, der Implorat daher zur Disposition über die Sache nicht voll berechtigt war, und der Dritte nicht mehr Rechte erlangen konnte, als sein Auctor hatte. Hat der Gegner dagegen zu einer Zeit über die Sache disponirt, welche vor dem Restitutionsgesuch lag, so hat der Dritte einen durchaus vollgiltigen Titel für sich, der durch den nachfolgend zwischen den Par-

[2]) Anerkannt vom O.A.G. laut Präj. Nr. 80.

Digitized by Google

thieen geführten Restitutionsprozeß nicht alterirt werden kann, und er ist daher nicht verpflichtet, Restitution gegen sich ergehen zu lassen [3]).

§. 60.

II. Restitution zwischen Eltern und Kindern.

Justinian bestimmte durch die c. 2. C. Qui et adv. quos (2. 42), daß Kinder gegen ihre Eltern keine Restitution sollen erbitten dürfen [1]). Dabei wird ausdrücklich als Zweck der Vorschrift hervorgehoben, daß die Ehre der Eltern unverletzt bleiben solle, und als Grund derselben, daß die Eltern ohnehin dafür sorgen würden, daß nichts ihrem guten Rufe Zuwiderlaufendes geschehe. „Quum procul dubio sit etiam ipsas personas (Eltern und Patrone) cavere, ne quid suae opinioni contrarium existat" und „ut maneat in omnibus honor parentibus — illibatus atque intactus." Es leuchtet nun aber von vornherein ein, daß bei den meisten prozessualischen Restitutionen einestheils die Ehre der Eltern in Wahrheit nicht entfernt angegriffen wird, anderntheils es Eltern, welche mit ihren Kindern Prozeß führen, doch wohl selbst nach streng ethischen Grundsätzen nicht zugemuthet werden kann, jede ihren Kindern als Prozeßgegnern zugegangene Läsion freiwillig zu heben, so daß also die bezüglich der Eltern unterstellte Voraussetzung der freiwilligen Nachgabe jeder Läsion gar nicht als vorhanden angenommen werden kann. Schon aus diesen Gründen

---

[3]) Ueber die obige Frage vgl. namentlich Zimmermann Arch. f. pr. R.W. Bd. I. Heft 2. S. 89. und Rel. O.A.Gs. in S. der allgem. geistl. Wittwenkasse der Prov. Oberhessen ca. den Waisenhausbuchführer Weiß zu Hanau, zur S. des L. ca. J. Eidmanns Ehefr. v. Altenschlirf von 1849, woselbst der Unterschied der rest. in rem und in personam überhaupt, sowie die Frage, unter welchen Voraussetzungen die ertheilte Restitution auch gegen Dritte wirke, erörtert sind. Beleg 70.

[1]) Die allgem. Anwendbarkeit dieser Stelle ist selbst für die civilrechtliche Restitution bestritten, vgl. Puchta Pand. §. 107 Note d, welcher sie richtig beschränkt auf Geschäfte, wo die Eltern als Eltern (nicht als Vormünder z. B.) handeln.

Digitized by Google

dürfte man geneigt sein, die obige Vorschrift vermöge restrictiver Interpretation auf prozessualische Restitution nicht anzuwenden, es möchte diese Einschränkung aber sogar nach den strengen Regeln der grammatischen und logischen Interpretation insofern gerechtfertigt sein, als die Worte der fragl. const.: Quum apud veteres dubitabatur, an liberi parentes . . in querimoniam deducere possint, quasi non rite versatos, doch wohl nur auf eine civilrechtliche Restitution (namentlich gegen Rechtsgeschäfte zwischen Eltern und Kindern) bezogen werden können. Ich nehme daher keinen Anstand, die Anwendbarkeit obiger const. im Prozeß im Allgemeinen zu verneinen und jener const. nur dann etwa eine analoge Anwendbarkeit zu gestatten, wenn durch das Restitutionsgesuch die Ehre der Eltern wirklich angegriffen wird, wie z. B. in dem Fall eines auf den dolus der Eltern gestützten Restitutionsgesuchs.

Der von der alleg. const. aufgestellte Grundsatz, daß der Patron keine Restitution braucht gegen sich ergehen zu lassen, ist für das heutige Recht ohne praktische Bedeutung.

§. 61.

III. Welchen Einfluß äußert es, wenn auch der Prozeßgegner die jura minorum hat?

Hier wird gewöhnlich die Regel aufgestellt: Privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio suo, sed jure communi. Dieser Satz ist indessen in der Restitutionslehre nicht so zur Anwendung zu bringen, als wenn ein Privilegirter, wenn er einem Privilegirten als Gegner gegenüber stünde, überhaupt keinen Anspruch auf Restitution habe, sondern er ist nur in dem einen Falle wahr, wenn die beiderseitigen Privilegien collidiren. Eine wahre Collision ist nun aber nur unter der Voraussetzung denkbar, daß nach Lage der Sache beide Theile wirklich in dem Falle sind, von ihrem Privileg Gebrauch zu machen und zwar in Bezug auf denselben Punkt, so daß, während der Implorant vermöge seines Privilegs Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zu-

Digitized by Google

standes macht, der Implorat Anspruch auf Restitution hätte, wenn der alte Zustand hergestellt würde [1]). Daß in einem solchen Falle die Privilegien sich paralisiren müssen, versteht sich schon der Natur der Sache nach von selbst — des Restituirens wäre sonst kein Ende — und ist überdieß in den Gesetzen l. 11. §. 6. l. 34. pr. D. de minor. (4. 4.) und in der Doctrin

Savigny System Bd. 7. S. 227

anerkannt [2]). So wenig sich nun aber auch hiernach die Richtigkeit des

---

[1]) Dieser Fall liegt natürlich dann nicht vor, wenn die Restitution sich lediglich um die Beseitigung eines einseitigen Nachtheils dreht, d. h. wo der Gegner bei der Restitution grade nur den Nachtheil erleidet, daß ihm der Vortheil entgeht, welcher ihm durch die Läsion des Gegners zugegangen ist, auf welchen Vortheil er aber von vornherein gar kein Recht hatte. Es bestimmen daher manche Rechtslehrer die Anwendbarkeit des Satzes „privilegiatus etc." durch den Zusatz „nisi unus de lucro captando, alter de damno vitando certat." Lauterbach C. T. P. T. I. L. 4. T. 4. §. 26. Wernher Sel. Obs. Tom. II. P. 8. O. 379. Diese Einschränkung ist an sich richtig, allein diese Art der Lösung der Frage trifft den Kern nicht. — Unter keinen Umständen darf im Prozeß die Frage, ob de damno vitando resp. de lucro captando certirt werde, aus dem materiellen Streitverhältniß gelöst werden, wie es vom O.A.Gsref. in S. Gemeinde Engelrod ca. Kirchenkasten das. 1827 (Beleg 23) geschehen ist, (der Referent untersuchte zur Lösung der Frage, ob der Gemeinde gegen den Kirchenkasten Rest. wegen einer Prozeßversäumniß zu ertheilen sei, inwiefern es sich bei dem Klagauspruch um ein damunum vitandum handle), sondern es muß lediglich auf den prozessualischen Nachtheil und Vortheil gesehen werden. Wenn also ein Minor gegen den Ablauf des Decendiums restituirt sein will, so ist die Materie des Streitverhältnisses ganz unerheblich, es ist einzig zu erwägen, daß durch die Rest. dem Imploranten nur die ihm ursprünglich zugestandene Appellationsbefugniß wiedergewonnen werden soll, und der Gegner sonach durch Ertheilung der Rest. in Wahrheit nicht verletzt wird. Richtig ist dieß hervorgehoben vom Ref. in S. Gürtler ca. v. Breidenbach 1816. (Beleg 24).

[2]) Manche Rechtslehrer stellen den Satz auf, daß, im Fall der Collision der Privilegien des Fiscus mit denen der Minderjährigen, die letzteren vorgingen. Diese Ansicht beruht auf der unrichtigen Lesart der l. 8. D. de J. J. R. (4. 1.), wo statt „rem publicam" zu lesen ist „rem judicatam," und ist in der Hess. Rechtsprechung auch nicht

Digitized by Google

fraglichen Satzes an sich bezweifelt läßt, so ist er doch für die prozessualische Restitution ohne alle Bedeutung, weil ein Fall wahrer Collision sich im Prozeß nicht denken läßt. Mag man sich hier Läsionen durch Unterlassungen oder durch positive Handlungen denken, immer wird der Fall einer Collision sich nicht construiren lassen. Daß bei einseitigen Prozeßversäumnissen eine Collision nicht stattfinde, ist von vornherein klar, weil hier Implorat gar nicht in der Lage ist, von dem ihm in abstracto zustehenden Privileg Gebrauch zu machen, es trifft hier das Privileg des Imploranten nicht mit dem besonderen, sondern mit dem gemeinen Rechte des Gegners zusammen, das jus sing. wird nicht beeinträchtigt;

vgl. Seufferts Arch. Bd. I. Nr. 155.

aber auch wenn man sich den Fall denkt, daß beide Theile versäumt haben und gleichzeitig um Restitution nachsuchen, ist eine Collision nicht möglich, da die Läsionen nie denselben Punkt betreffen können, die Hebung beider Läsionen ohne Beeinträchtigung des gegnerischen jus singulare möglich ist [3]). Ebensowenig ist eine Collision der Privilegien denkbar, wenn gegen positive Handlungen Restitution nachgesucht wird, weil auch hier, selbst wenn beide Theile zugleich um Restitution nachsuchen, die Läsionen doch nie denselben Punkt betreffen können. Es ändert auch Nichts, daß bereits ein Urtheil ergangen ist, da jede Restitution gegen ein Urtheil darauf hinausgeht, entweder eine Unterlassung zu sanieren, oder eine positive Handlung anzugreifen.

---

adoptirt, obgleich der Ref. des O.A.Gs. in S. v. Gürtler ca. Breidenbach sie geltend machte, Beleg 24.

[3]) Mit Unrecht nimmt Bickell l. c. S. 142. Note 7 eine Collision an, wenn ein minor, welcher den Beweis des Klaggrundes versäumt hat, um Rest. gegen den Ablauf der Beweisantretungsfrist nachsucht, während der minderjährige Beklagte Rest. wegen einer versäumten Einrede verlangt. Beide Rest. können füglich ertheilt werden.

Digitized by Google

Drittes Hauptstück.

Das Verfahren.

Erster Abschnitt.

§. 62.

Allgemeines.

Prozeß-Restitutionsgesuche werden regelmäßig durante processu verhandelt, nur ausnahmsweise nach endlich erledigtem Rechtsstreit, sie gehören daher auch im Allgemeinen zu den Incidentsachen. Sachen der letzteren Art eignen sich aber nach bekannten Grundsätzen zur Verhandlung im regulär-summarischen Verfahren [1]) und gelten daher bei Behandlung jener Gesuche im Allgemeinen die Regeln dieses Verfahrens. Hieraus folgt namentlich, daß Fristen und Termine ohne Rücksicht auf die Observanz des ordentlichen Prozesses abgekürzt werden können [2]); sowie daß regelmäßig die zur Erledigung des Incidentpunkts erforderlichen Beweise nicht durch solenne Beweisführung hergestellt zu werden brauchen, sondern daß zum Nachweis der Restitutionscausalien [3]) im Allgemeinen Bescheinigungen, d. h. solche Beweismittel oder Beweisgründe, welche nach den allgemeinen Beweisregeln zwar keine volle Gewißheit, aber doch Wahrscheinlichkeit hervorbringen, genügen. Dahin gehören aber nicht nur schriftliche Atteste einer Behörde oder einer glaubwürdigen Person, gemeine Vermuthungen, die eidliche Aussage eines einzelnen Zeugen, schriftliche Versicherung des An-

---

[1]) Heffter Institt. d. Civ.pr. S. 421. Bayer summar. Prozesse S. 9. Rel. O.A.Gs. in S. Kauß ca. Kauß, 1839, Beleg 57.

[2]) Diese Anwendung scheint in Hessen nicht adoptirt zu sein wegen der allgem. Fassung des Gesetzes vom 1. Mai 1830 Art. 3, wonach die Parthieen regelmäßig 14 freie Tage zum Handeln haben sollen.

[3]) Bezüglich der Läsion wird strenge Beweisführung erfordert, weil das Material, welches auf Grund der causa restitutionis noch eingebracht werden soll, auf das Materielle des Hauptprozesses abzielt und daher insoweit die Grundsätze des Hauptprozesses Platz greifen müssen.

Digitized by Google

walts auf Dienstpflicht u. s. w., sondern auch und namentlich der offerirte Eid des Lädirten [4] [5] [6].

---

[4] Die Hessische VO. v. 18. Januar 1812 und das Gesetz vom 1. Mai 1830, welche von der Restitution gegen Fristen und Termine handeln, erfordern ausdrücklich nur „Bescheinigung" der Restitutionscausalien, und die P.O. von 1724 verlangt in Th. II. Tit. 12 §. 9 auch bei der Restitution gegen Urtheil nur, daß die causae restitutionis „bescheiniget" werden.

[5] Die Zulässigkeit des offerirten Eides als Bescheinigungsmittel ist vom O.A.G. allgemein anerkannt, und namentlich kann auch das Nichtwissen, beziehungsweise der Irrthum, sofern er überhaupt zur Restitution führen kann, durch den Eid des Irrenden erwiesen werden, ohne daß das O.A.G.Präj. 88 („das Erbieten zum Eide ist kein taugliches Mittel zum Beweise des Irrthums") entgegensteht. Diese Praxis war schon eine nothwendige Folge des Gem. Bescheids v. 1669 und beziehungsweise der VO. v. 12. April 1806, welche die Herstellung des Beweises der causa restitutionis (Ignorantia, Nichtdienlicherachten und resp. Unmöglichkeit der Herbeischaffung) selbst bei der Restitution gegen Urtheil durch den Eid des Imploranten statuiren. Vgl. Arch. f. prakt. R.W. Bd. VIII S. 517.

Eidliche Bekräftigung des Umstandes, daß die Parthie die von Gerichtswegen geschehene Erklärung der Nothfrist mißverstanden habe, wurde zugelassen durch das O.A.G. in S. Seeger ca. Stockum 1835, Daum ca. Dilger 1843, Spielmann ca. Meier 1843, Becker ca. Baruch Wolf 1846. Ebenso wurde eidliche Bescheinigung zugelassen in S. Freistift Wallenstein ca. Grafen v. Schlitz gen. Görtz 1823, Hessen-Philippsthal-Barchfeld ca. Fürsten zu Solms-Lich 1833, Wolf v. Todtenwarth ca. Fiskus 1851, wo es sich um Bescheinigung der Unkenntniß der VO. v. 10. Januar 1807, welche eine einjährige Frist zur Reassumirung reichsgerichtlicher Prozesse vorschrieb, handelte. Ganz allgemein ist die Zulässigkeit des off. Eides behauptet und dargethan in S. Kauß ca. Kauß 1839, wo sogar durch förmliches Beweisinterlokut der „Nachweis" auferlegt war.

[6] Der offerirte Eid kann auch per procuratorem abgeleistet werden; es folgt dieß daraus, daß der im Gem. Bescheid von 1669 normirte, gegen rechtskräftige Erkenntnisse gerichtete Restitutionseid sogar ausdrücklich auf die Person des Prozeßprocurators abgefaßt ist. Der Procurator muß dann aber (wie bei dem eben alleg. Restitutionseid) in animam mandantis schwören und beziehungsweise Specialvollmacht zur Eidesleistung vorlegen. — Obgleich der Rest.-Eid des G. B. v. 1669 in Hessen namentlich auch insofern geändert

Digitized by Google

Die Restitution kann sowohl durch die verletzte Parthie selbst, als einen Procurator nachgesucht werden,

l. un. C. 2. 49.

nur verlangte das römische Recht eine hierauf gerichtete Special-vollmacht,

l. 25. §. 1. l. 26. D. 4. 4.

eine Bestimmung, welche übrigens in der Praxis mindestens bei generell bevollmächtigten öffentlichen Anwälten bezüglich prozessualischer Restitutionsgesuche ignorirt wird.

Was das Verfahren im Einzelnen anlangt, so ist dies verschieden, je nachdem die Restitution auf die Beseitigung eines Nachtheils abzielt, welcher lediglich durch Fristenablauf, oder eines solchen, welcher durch Erlaß eines Urtheils herbeigeführt resp. bestätigt ist. Es ist daher vor Allem genau festzustellen, wann eine Restitution gegen ein Urtheil, und wann lediglich gegen die

---

ist, daß er jetzt auf die Parthie selbst gestellt ist, so kann doch eine deßfallsige Eidesleistung durch den Proceßprocurator keineswegs als unbedingt unzulässig erachtet werden, weil es sich nur um Bescheinigung handelt und diese vielfach ebensogut und sogar besser durch den Eid des Procurators erbracht wird. Es ist dieß Sache des richterlichen Ermessens.

In S. Ambrosius Koch zu Nieder-Weisel, Bekl. ca. We. Koch zu Hausen, dermalen in Australien, Kl., erkannte das Hof-G. in G. die Ableistung des Rest.-Eides durch den General-Bevollmächtigten der Klägerin ausdrücklich als zulässig an, weil der Rest.-Eid eine Species des Calumnieneides sei, welcher per proc. abgeleistet werden könne, das damalige Rest.-Gesuch wurde nur deßhalb verworfen, weil der implorantische Procurator erklärt hatte, es sei ihm unbekannt, daß seine (in Australien abwesende) Parthie die neuen Zeugen gekannt habe, welches letztere der Gegentheil behauptet hatte.

In S. Kurfürstl. Rentkammer zu Hanau, jetzt den kurfürstl. Staatsschatz zu Kassel ca. Gemeinde Bingenheim hatte sich der Anwalt der Gemeinde erboten, über den Zeitpunkt der Auffindung von Acten zu schwören, ohne diese Offerte auch auf die Seele der Parthie auszudehnen. Eine derartige Offerte war unerheblich und wurde daher mit Recht verworfen, dagegen der Eid der Gemeinde selbst zugelassen. E. O.A.Gs. v. 2. Sept. 1845.

Digitized by Google

präclusive Natur der Fristen oder Termine gerichtet erachtet werden könne. Hierbei ist

1) soviel unzweifelhaft und unbestritten, daß dann, wenn in einer Prozeßsache ein Urtheil überhaupt noch nicht ergangen ist, von einer gegen ein Urtheil gerichteten Restitution schlechthin nicht die Rede sein kann. Ganz Gleiches gilt aber

2) von dem Falle, wo zwar ein oder auch mehrere Urtheile im Prozesse ergangen sind, wo aber die Restitution gar nicht darauf abzielt, jene Urtheile anzugreifen, sondern wo das neu einzubringende Material unbeschadet des Inhalts jener Urtheile bestehen kann oder geradezu auf den Inhalt dieser letzteren gestützt ist (es ist zwar Beweisinterlokut erlassen, allein die Restitution bezweckt nur Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Beweisfrist).

Denkt man sich ferner

3) den Fall, wo ein Urtheil zwar ergangen, aber lediglich auf den Ungehorsam der Parthie gestützt und die Restitution auf Beseitigung des Ungehorsams *) gerichtet ist, so geht zwar hier die Restitution zugleich auch gegen ein Urtheil, es steht aber dieser Fall der Restitution wegen bloßer Fristversäumung insofern gleich, als das Contumacialerkenntniß lediglich die Fristversäumung zur Grundlage hat und also durch die Beseitigung der letzteren unbedingt und seinem ganzen Inhalt nach zusammenfallen muß. Es kann daher auch dieser Fall nicht als eigentliche Restitution gegen Urtheil angesehen werden.

vgl. Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 88.

Anders aber ist es

4) in dem Falle, wo das Urtheil nicht auf der contumacia beruht und das Restitutionsgesuch die Berücksichtigung eines

*) Anders ist es, wo ein Contumacialerkenntniß ergangen ist, der Verurtheilte aber nachträglich mit einer neu aufgefundnen Einrede zugelassen werden will. Hier steht das Contumacialerkenntniß einem jeden anderen Urtheil gleich. Hoffmann im Arch. f. pr. R. W. Bd. I Heft 1 S. 108 ꝛc.

Digitized by Google

Stoffes verlangt, welcher, vor dem Urtheil vorgetragen, dem Prozesse eine andere Wendung gegeben hätte. Denn da in einem solchen Falle das anzugreifende Urtheil in den vorausgegangenen Verhandlungen eine positive selbstständige Grundlage hat, so hat auch die gegen ein solches Urtheil gerichtete Restitution eine eigenthümliche, von dem sub 3 erörterten Falle wesentlich verschiedene Natur, und nur diese Restitution ist es daher, welche in dem Nachfolgenden als Restitution gegen Urtheil zu bezeichnen ist, während die Restitution gegen Contumacialerkenntniß mit den Restitutionen gegen Fristversäumung auf gleiche Linie gestellt wird [8]).

Zweiter Abschnitt.

§. 63.

Es ist ein unverträgliches Urtheil noch nicht, oder doch nur ein reines Contumacialerkenntniß ergangen.

In der Regel sind für die Parteihandlungen bestimmte Fristen oder Termine angesetzt. Nur selten wird es vorkommen, daß solche entweder dem regelmäßigen Prozeßgang zuwider nicht angesetzt waren, oder die Natur des betreffenden Einbringens von der Art war, daß es an eine bestimmte Frist überhaupt nicht geknüpft werden konnte. Es hat sich daher die nachfolgende Behandlung umsomehr auf jenen regelmäßigen Fall zu beschränken, als die Behandlung eines Falles der zweiten Art sich leicht aus dem Nachfolgenden abstrahiren läßt.

I. Von der Restitution gegen Nachtheile, welche durch Unterlassungen entstanden sind.

Es ist hier der Fall, wo die ganze Prozeßhandlung versäumt ist, von demjenigen, wo nur ein Theil versäumt ist, zu trennen.

[8]) Das O.A.G. hat das technisch s. g. Remedium restitutionis in eigenthümlicher Weise festgestellt. Anerkennend zwar, daß es in den Fällen 1, 2 und 3 nicht vorliege, begreift es unter jener Bezeichnung nicht alle sub 4 zu subsumirende Restitutionen, sondern nur einen Theil. Vgl. hierüber die Beilage: Das Remedium rest. der Rechtsprechung des O.A.Gs.

Digitized by Google

§. 64.

A. Die ganze Handlung ist versäumt.

Hier ist es möglich:

a) daß weder ein Contumacialerkenntniß, noch eine Präclusivverfügung,

b) daß zwar eine einfache Präclusiv- oder Desertionsverfügung, aber noch kein Contumacialerkenntniß,

c) daß ein Contumacialerkenntniß ergangen ist;

von diesen sämmtlichen Fällen gelten jedoch wesentlich dieselben Grundsätze [1]).

§. 65.

1. Muß diese Restitution nachgesucht, oder kann sie auch ohne Antrag ertheilt werden?

In der Natur der Restitution, als einer außerordentlichen Rechtshilfe, liegt es begründet, daß zur Erlangung derselben ein besonderer darauf gerichteter Antrag der Parthie dergestalt erfordert ist, daß, wenn ein solcher Antrag nicht vorliegt, der Richter zur

---

[1]) Die fragliche Restitution hat in Hessen ihre Ausbildung wesentlich erhalten:

1) durch die VO. v. 11. Jan. 1812,

2) durch das Ges. v. 1. Mai 1830.

Die erstgenannte VO., welche ursprünglich ihrer allgemeinen Fassung nach für sämmtliche Gerichte, also auch die Untergerichte bestimmt schien, wurde in der Praxis nur bei den Hof-GG. und dem O.A.G. angewendet, und diese — übrigens seiner Zeit nicht ganz zweifellose — Praxis ist durch spätere VO. v. 22. März 1815 ausdrücklich sanctionirt worden. Nachmals erachtete man indessen die Bestimmungen jener VO. auch für den Prozeßgang bei den Untergerichten für zweckmäßig, und es sind daher diese Bestimmungen fast sämmtlich und beinahe mit den nämlichen Worten durch das unter 2 erwähnte Gesetz auch für die Untergerichte erlassen worden. Sodann sind hervorzuheben:

3) der Gem. Bescheid O.A.Gs. v. 9. März 1807,

4) „ „ „ „ „ 22. Mai 1816, ausgedehnt auf die Mittelgerichte durch Reskript v. 19. Jan. 1817.

Digitized by Google

Ertheilung der Restitution von Amtswegen nicht einmal berechtigt ist. Dieser Grundsatz sollte streng genommen ausnahmlos zur Anwendung kommen, allein die Lehrer des gemeinen Rechts gestatten ausnahmsweise dann ungebeten Restitution zu ertheilen, wenn einestheils ein Erkenntniß (sei es auch ein reines Contumacialerkenntniß) noch nicht ergangen ist, anderntheils Läsion und Restitutionsgrund, sowie der Umstand, daß das Erbitten der Restitution unzweifelhaft in der Intention der Parthie liegen muß, klar aus den Acten erhellen [1]), eine Ausnahme, welche sich zur Vermeidung von Prozeßverschleifen und nutzlosen Weiterungen rechtfertigt [2]).

§. 66.

2. Inhalt des Restitutionsgesuchs.

Das Restitutionsgesuch wird als Fortsetzung des Prozesses, welcher den Nachtheil herbeigeführt hat, eingereicht und muß enthalten:

1) die Angabe der zu heilenden Läsion (§. 11. 12.);

---

[1]) Eine per Post eingeschickte Appellationsrechtfertigung langt zu spät ein, der Poststempel ergibt, daß die Schuld lediglich an der Post liegt.

[2]) Die Hess. PO. erkennt diese Art der Restitution ausdrücklich in dem Falle an, wenn es sich um Restitution contra lapsum fatalium handelt, Thl. II. Tit. 2. §. 4. p. 121: „Wenn nun die Gravamina übergeben ... und an den formalibus noch einiger Mangel erschiene, so sollen ... erkannt werden, es wäre dann entweder der Appellant contra lapsum fatalium expresse, oder tacite seu brevi manu, per solam ad missionem appellationis (davon das erstere alsdann, wenn a partibus unter Anführung erheblicher Ursachen darum nachgesucht wird, das letztere aber in den Fällen, da die causae restitutionis notoriae sind, geschehen soll) in integrum restituiret worden;" und die Rechtsprechung des O.A.Gs. scheint damit übereinzustimmen, vgl. Wagner ca. Wagner 1793 (Bopp. PO. S. 125) und §. 53. Note 3.

Der Umstand, daß die Friſtversäumung dem Armenanwalt zur Last fällt, ist übrigens an sich kein Grund, die R. von Amtswegen zu ertheilen. Vgl. E. Hof-Gs. Gießen in S. Fleischhauer v. Wenings ca. Gemeinde Wenings v. 19. Dec. 1863.

Digitized by Google

2) die Angabe des Restitutionsgrundes, wodurch die Versäumung als entschuldbar bezeichnet wird (§. 42—53) [1];

3) die sofortige reelle Bescheinigung des Restitutionsgrunds. Wo dies nicht möglich ist, müssen die Bescheinigungsmittel wenigstens bezeichnet werden. Ueber die Art der Bescheinigung gelten die allgemeinen Grundsätze des summarischen Verfahrens [2].

4) Die versäumte Handlung muß mit dem Gesuche zugleich eingebracht [3], oder es muß wenigstens ein solches Rechtsverfolgungs- oder Rechtsvertheidigungsmittel vorgebracht werden, welches, wäre es innerhalb der versäumten Frist geltend gemacht worden, nach prozessualischen Regeln als zur Erfüllung der Auflage genügend, oder von ihr vorerst entbindend hätte erachtet werden müssen [4].

---

[1]) „wahrhaft erhebliche Ursachen, welche den Auflagen Folge zu leisten verhindert haben." VO. v. 1812. Art. 9. pos. 1. Ges. v. 1. Mai 1850. Art. 10. pos. 1.

[2]) „Angeführt und bescheinigt, oder wo dieses nicht möglich wäre, doch die Bescheinigungsmittel darüber angezeigt sind." l. cit.

[3]) „Wenn bei versäumten Fristen mit dem Gesuche zugleich die Handlung, mit welcher sich der Bittende versäumt hat, verbunden ist, es wäre denn, daß die Verhinderungsgründe von der Art wären, daß eine Unmöglichkeit, schon jetzt diese Handlung zu liefern, klar erhellte, in welchem Falle über das Restitutionsgesuch allein zu erkennen und, wenn demselben willfahrt wird, die erforderliche weitere Frist zu ertheilen ist." l. cit. pos. 3.

[4]) Diese aus der Natur der Sache folgende Erweiterung des Begriffs der „versäumten Handlung" ist namentlich auch vom O.A.G. in D. anerkannt. So wurde in S. Zielch ca. Babenhausen 1840 (Beleg 1) das Requisit der Nachbringung der versäumten Handlung als gewahrt angenommen, als die mit einer Schadensliquidation belangte Gemeinde B., nachdem sie die Frist zur Erklärung hierauf versäumt hatte, später um Restitution gegen den Ablauf dieser Frist einkam und mit diesem Gesuche nicht die Erklärung auf die Liquidation, sondern die exceptio restitutionis gegen das Hauptgeschäft und folgeweise die Schadensliquidation einbrachte. — Im späteren Verlauf dieses Prozesses wurde übrigens

5) Gehöriges Petitum. Dieses geht, wenn noch kein Erkenntniß ergangen, einfach auf Restitution gegen den Ablauf der betr. Frist und Zulassung der betr. Handlung. Ist ein Contumacialerkenntniß ergangen, so muß das Petitum auch gegen dieses gerichtet sein, §. 21 [5]).

---

mit Recht ein Restitutionsgesuch verworfen, welches anstatt der versäumten Handlung ein Editionsgesuch beibrachte, während die Handlung auch ohne die edirt verlangte Urkunde hatte vorgenommen werden können. Vgl. Rel. O.A.Gs. von 1845 (Note zu Beleg 1).

[5]) Das Hessische Recht erfordert noch Beilegung der Contumacialkosten, resp. Bescheinigung darüber, daß die dem Gegner etwa entstandnen Contumacialkosten bezahlt sind, oder, im Fall die Kosten noch nicht verzeichnet sein sollten, Stellung genügender Sicherheit (die öffentlichen Anwälte verbürgen sich gewöhnlich als Selbstschuldner, was hinreicht). Das Erbieten zur Zahlung der Contumacialkosten genügt nicht. Vgl. VO. v. 1812. §. 9 Nr. 2; Ges. v. 1. Mai 1830, Art. 10. pos. 2; Gem. Bescheid Hof-Gs. in D. v. 17. Febr. 1836, R. Bl. S. 214. In S. Kämmer v. Lumda ca. Schäfer als Vertreter der Elise Nagel von da hat jedoch das O.A.G. ausgesprochen, daß wenn die C. K. nur unbedeutend seien, namentlich wenn außer durch die Contumacialanzeige noch keine weitere Kosten entstanden waren, das Erbieten für eine genügende Sicherheit im Sinne des Art. 10 Nr. 2 des Gesetzes angesehen werden müsse.

Ist der Implorant eine Armenparthie, so ist er von Zahlung der Contumacialkosten frei. Vgl. VO. u. Ges. cit.

Steht dem Imploranten eine Armenparthie als Implorat gegenüber, so ist Zahlung von Contumacialkosten deßhalb nicht nöthig, weil bei dem Imploraten keine Kosten erwachsen sind. Vgl. Verf. O.A.Gs. v. 20. Juli 1829 in S. Jakob Eidmanns We. und Erben ca. M. M. Lohnes.

Ausnahmsweise ist die Bitte um Verurtheilung des Imploraten in die Contumacialkosten gerechtfertigt, wenn dieser den Imploranten zur Versäumniß verleitet und dann Contum.-Kosten gemacht hat, weil jede Parthie die Kosten zu tragen hat, welche sie muthwillig veranlaßt. Vgl. E. Hof-Gs. in G. v. 22. Aug. 1862 in S. Claus ca. Däll.

Ist das Gesuch auf die Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts gegründet, so darf dasselbe nicht durch den schuldigen Anwalt selbst eingebracht werden, sondern die Parthie muß entweder selbst oder

Digitized by Google

§. 67.

3. Verfügung und weiteres Verfahren.

Der Richter prüft zunächst seine Competenz. Findet er insofern einen Mangel, so weist er das Gesuch sofort wegen mangelnder Competenz zurück. Bietet sich dagegen insofern kein Anstand, so prüft er das Gesuch nach Maßgabe der im vorigen §. erörterten Requisite.

1) Ist die Läsion oder der Restitutionsgrund nicht ersichtlich, oder ist der letztere nicht genügend, oder ist die versäumte Handlung nicht nachgebracht, so weist er das Gesuch auf den betr. Grund zurück [1]).

Findet er dagegen

2) den Restitutionsgrund zwar bescheinigt, aber doch nicht genügend, so ist es ihm gestattet, auf bessere Bescheinigung unter

---

durch einen anderen öffentlichen Anwalt Restitution suchen. Ges. v. 1. Mai 1830. Art. 12. Der säumige Anwalt darf „in der Sache überhaupt ferner nicht zur Anwaltschaft zugelassen werden." Diesen Grundsatz hat das O.A.G. auch auf den Syndicus piorum corporum catholicorum (vgl. Verf. v. 5. Juli 1848 neben Verf. Hof-Gs. in D. v. 6. Mai 1848 in S. Kirche Hofheim ca. Kameralfiscus) und den Fiscalanwalt angewendet (vgl. Verf. O.AGs. v. 27. October 1838 in S. Centralfiscus ca. Wambolt, auch Bopp Mittheilungen aus den Materialien ꝛc. Band III. S. 130 und E. O.A.Gs. v. 27. Febr. 1839 in S. Stadt Hirschhorn ca. Forstfiscus, vgl. m. Verf. v. 9. Nov. 1839, wonach der Fiscalanwalt selbst dann zur Anwaltschaft nicht mehr zugelassen werden soll, wenn die Gegenparthie die Restitution nachgegeben hat. — Der Fiscal ist auch nicht zugelassen worden in S. Landkriegscommission ca. Landrichter Winheim 1837 u. Baufiscus ca. Pfarrer Tertor u. Genossen, Verf. v. 30. Nov. 1860). — Dagegen muß obiger Grundsatz bei Armenanwälten der Natur der Sache nach wegfallen. Diese sind disciplinarisch zu strafen. — Der säumige Anwalt darf auch nicht einmal als advocatus causae (im Gegensatz zu Procurator) die Schriften verfassen. Bopp Materialien S. 257.

[1]) In Hessen geschieht Gleiches, wenn das Requisit bezüglich der Contumacialkosten nicht gewahrt, oder das Gesuch vom säumigen Anwalt selbst eingereicht ist.

Digitized by Google

dem Rechtsnachtheile der Abweisung des Gesuchs zu erkennen [2]).

3) Bezüglich des Petitums genügt es, wenn die Absicht der betr. Restitutionserlangung feststeht, sollte das Petitum auch nicht ganz formgerecht sein.

Bickell l. cit. S. 176 Note 1.

4) Findet der Richter das Gesuch im Allgemeinen zulässig, und waren die Bescheinigungsmittel nur benannt, so muß zu deren (übrigens möglichst formloser) Production (Ladung der Zeugen, Einforderung der betr. Acten, Anberaumung einer Tagfahrt zur Eidesleistung durch die Parthie u. s. w.) die geeignete Verfügung erlassen werden. Hierbei ist es unter Umständen (z. B. wenn Implorant ein Ausländer ist) gestattet, den offerirten Eid der Parthie durch Requisition abnehmen zu lassen, oder der betr. Parthie aufzugeben, Bescheinigung über die Ableistung vor ihrem competenten Richter beizubringen [3]) [4]).

---

[2]) Für Hessen bedenklich, da es im Gesetze heißt: „die Gesuche um W. i. d. v. St. sollen ferner nur alsdann eine Berücksichtigung finden, wenn u. s. w." Bessere Bescheinigung soll übrigens nachgelassen worden sein v. O.A.G. in S. Damian Scharf in Okarben ca. Samuel Mai in Groß-Karben 1833 u. in S. Glenz u. Cons. in Erbach ca. v. Mayrhoffer'sche Massecuratel 1841.

[3]) Ist in Hessen das Gesuch auf die Nachlässigkeit des früheren Anwalts gestützt, so hat das Gericht dem angeblich nachlässigen Anwalte seine zu dieser Sache gehörenden Manualacten abzufordern, um sich daraus über den Grund oder Ungrund der Angabe zu unterrichten, und wenn es diese gegründet findet, so ist mit der Ertheilung der W. E. jedesmal eine Verurtheilung des säumigen Anwalts zum Ersatze der durch den verzögerten Prozeß begründeten Schäden, sowie der durch die Bestellung eines neuen Anwalts der Parthie verursachten Kosten und außerdem in eine öffentliche Strafe von 2 — 10 Rthlr. zu verbinden. In der VO. von 1812 heißt es noch: „vorbehältlich härterer Maßregeln und selbst der Suspension gegen solche, welche sich häufig Nachlässigkeiten zu Schulden kommen lassen." Im Gesetz von 1830: „Fälle, welche eine härtere Bestrafung erheischen, sind an das betr. Hofgericht zur Entscheidung einzusenden." VO. v. 11. Jan. 1812, Art. 10. Ges. v. 1. Mai 1830,

Digitized by Google

5) Sind alle Requisite von vornherein gewahrt, oder wird dem betr. Mangel nachträglich abgeholfen, so ist es im Allgemeinen nicht nöthig, daß der Gegner über das Gesuch gehört wird, vielmehr kann der Richter sofort Restitution ertheilen — restitutio brevi manu [5]). Ist indessen die Anhörung des Gegners bei der besonderen Art des Falls nicht zu umgehen, so sind contradictorische Verhandlungen einzuleiten [6]), auf deren Grund dann Urtheil ergeht. Dieses Urtheil kann nun entweder den Incidentpunkt definitiv schlichten, es kann aber auch auf bessere Bescheinigung erkannt werden [7]) [8]).

Art. 11. Die Strafe wird übrigens nur in Fällen wahrer Nachlässigkeit verhängt. Notizenbuch Hofgs. in D. Nr. 191.

Das Gericht ist berechtigt, den säumigen Anwalt über die Versäumniß zu vernehmen, und ist dieser verpflichtet, seine Angabe, daß die Versäumniß nur an ihm liege, auf Verlangen eidlich zu erhärten, weil er hier zugleich als Zeuge erscheint. Vgl. Dekret O.A.Gs. in S. Kgl. Preuß. Staatsfiskus ca. Oberfinanzrath Schulz dahier v. 26. Febr. 1828. Vielfach begnügt sich der Richter übrigens mit Versicherung auf Dienstpflicht.

[4]) In S. Liebmann zu Straßburg ca. fiscum cameralem wurde dem Ersteren, der gegen den versäumten Beweistermin um Restitution bat, aufgegeben, den betr. Eid in vorgeschriebener Form bei seinem competenten Richter abzuleisten und darüber Bescheinigung beizubringen; 1820.

[5]) Die Zulassung förmlicher Verhandlungen über Restitutionen entspricht überhaupt nicht der Natur der Restitution als eines Rechtsinstituts, welches bei den Römern im Wege einer extraordinaria cognitio behandelt wurde, wo also der Richter von Amtswegen untersuchte. Die Praxis hat die Verhandlung, wenn es sich nicht um eine einfache Fristversäumung handelt, allmählich zugelassen. In Hessen ist die rest. brevi manu ausdrücklich statuirt, wenn es sich um Restitution contra lapsum fatalium handelt. P. O. Thl. III Tit. 2 §. 7 „und zwar brevi manu entweder expresse per decretum oder tacite per solam admissionem.“ Vgl. auch §. 65 Note 2. Das O.A.G. in D. hat in S. Briel ca. Fernin von Gießen am 21. Oct. 1863 ausgesprochen, daß eine Erklärung dann nicht erforderlich sei, wenn das Gericht auch ohne eine solche in der Lage sei, darüber zu erkennen, ob das Gesuch begründet sei oder nicht.

[6]) Nach der Rechtsprechung des Hofgs. in G. bedarf der gegnerische Anwalt zur Nachgabe des Restitutionsgesuchs einer Specialvollmacht. Haas Erben ca. Stumpf in Butzbach 9. Dec. 1864.

Digitized by Google

6) Ueber die Frage, ob es dem Gegner des Imploranten zu gestatten sei, Gegenbescheinigung zu bringen? vgl. §. 77 Nr. 3.

§. 68.

4. Rechtsmittel und einfache Beschwerden.

Gegen Verfügungen, welche ein Restitutionsgesuch abweisen oder zulassen, sind, je nachdem contradictorische Verhandlungen stattgehabt oder nicht, die ordentlichen Rechtsmittel oder außergerichtliche Beschwerde und resp. Remonstration unter den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen zulässig [1] [2]. In dem Falle, wo die Parthie vor erlassenem Contumacialerkenntniß Restitution gegen den Fristenablauf nachgesucht hat, die Restitution aber abgeschlagen und

---

[7]) In diesem Fall ist das Wort: hat zu „beweisen" zur Verhütung von Streitigkeiten zu vermeiden. Nach der Rechtsprechung des O.A.Gs. steht es jedoch fest, daß in einem solchen Fall „beweisen" gleichbedeutend mit „bescheinigen" ist. §. 62 Note 5.

[8]) Ist in Hessen die versäumte Handlung nicht nachgebracht, es sind aber solche Verhinderungsgründe angegeben, welche eine Unmöglichkeit, die Handlung schon jetzt zu liefern, darthun, so ist über die Restitution allein zu erkennen, und wenn derselben willfahrt wird, die erforderliche weitere Frist zu ertheilen. VO. v. 1812 Art. 9 pos. 3; Ges. v. 1830 Art. 10 pos. 3.

[1]) In Hessen steht den ordentlichen Rechtsmitteln der Art. 1 des Ges. v. 20. Aug. 1848 namentlich dann nicht entgegen, wenn das betr. Urtheil über das Rest.-Gesuch definitiv erkennt, oder wenn es auf Beweis interloquirt. Vgl. Notizenbuch Hof-Gs. in D. Nr. 414. Zu Art. 1. Nr. II. IX. Zu Art. 2 pos. 3. Nr. I. Dagegen sind selbstständige ordentl. Rechtsmittel unzulässig, wenn das R. G. nur für „formell zulässig" erklärt wird. Zu Art. 1. Nr. X.

[2]) Hat in Hessen der judex a quo Restitution gegen den Ablauf des decendium oder der Rechtfertigungsfrist ertheilt, und erhebt der Gegner des Imploranten keine Beschwerde deßhalb, so findet eine desfallsige Prüfung von Amtswegen in der höheren Instanz nicht statt. Vgl. Bschl. O.A.Gs. in S. Steinbacher u. Hannewald bei Bensheim ca. Roß in Zell, Eigenthum betr.

Digitized by Google

zugleich Contumacialerkenntniß erlassen worden ist, kann die Parthie übrigens gegen die das Restitutionsgesuch abweisende Verfügung außergerichtliche Beschwerde verfolgen und sie ist nicht genöthigt, mittelst der ordentlichen Rechtsmittel das Contumacialerkenntniß anzufechten [3]).

Gegen ein Erkenntniß, durch welches das Restitutionsgesuch rechtskräftig abgeschlagen worden ist, ist Restitution nur dann zulässig, wenn sich das Restitutionsgesuch auf den Restitutionsprozeß selbst bezieht, sonst nicht [4]).

In der Appellationsinstanz können selbstverständlich von dem abgewiesenen Imploranten nur solche Restitutionsgründe relevirt werden, welche bereits in erster Instanz vorgetragen worden sind [5]).

§. 69.

5. Aufhebung der Restitution.

Das Recht auf Ertheilung der Restitution kann erlöschen:

1) durch Ablauf der Zeit, welche die Gesetze dem Verletzten zur Nachsuchung der Restitution bewilligen (Restitutionsbittfrist);
2) durch Verzicht;
3) durch definitive Abweisung.

Die beiden letzteren Aufhebungsgründe werden bei der Restitution gegen Urtheil einer ausführlichen Erörterung unterzogen werden und ist daher hier nur von dem ersteren zu handeln.

---

[3]) Anerkannt vom O.A.G. in S. Röder zu Roggenburg ca. Spüttel das. 1824. Landrath v. Zangen ca. Dr. Witte in Gießen 1825. Eidmanns We. ca. Lohnes Verf. v. 20. Juli 1839.

[4]) Anerkannt vom O.A.G. in S. We. Beisenherz ca. Concursmasse ihres Ehemanns 1826. Uhrig u. Comp. ca. Graf Erbach-Schönberg 1818.

[5]) Anerkannt vom O.A.G. in S. Gemeinde Harpertshausen ca. Funk E. v. 7. Juli 1849. Bickell l. c. S. 207. Note 19. Gönner Handb. Bd. III. Abh. 66. §. 20 ff.

Digitized by Google

Ablauf der Restitutionsbittfrist.

I. Der R. D. A. von 1600 bestimmt in §. 86 [1]), daß keine Parthie, welche Restitution gegen den Ablauf einer Frist oder eines Termins nachzusuchen in der Lage ist, zur Einbringung des Gesuchs mehr Zeit haben solle, als sie zuvor re adhuc integra gehabt. Danach ist also:

1) die Dauer der Restitutionsbittfrist relativ und zwar in dem Sinne bestimmt, daß der Parthie gerade soviel Zeit bleibt, als ihr durch den außerordentlichen Zustand, in welchem sie versirte, verloren gegangen ist. Denkt man sich also, daß das betr. Hinderniß drei Tage vor dem Ablauf der Frist oder dem Termin eingetreten ist, so ist die Restitutionsfrist drei Tage;

2) Der Anfangspunkt, wann die Frist in Lauf tritt, ist zwar nicht mit bestimmten Worten angegeben, aus der Natur der Sache und allgemeinen Grundsätzen folgt aber, daß die Frist in Lauf tritt, sobald der Restitutionsgrund wegfällt, also nach Beseitigung des betr. Hindernisses und beziehungsweise Kenntniß der durch den Vertreter veranlaßten Verletzung [2]). Vgl. Savigny System l. c. S. 245.

---

[1]) „Als auch die restitutiones contra lapsum fatalium aut alius termini praejudicialis etwa hierzuvor lang hernach über viel Jahr oder Monat erst gebeten und cognitio darüber angestellt und darin allerhand Ungleichheit befunden worden; so haben wir es ... dahin gestellt sein lassen und geschlossen, daß keinem mehr Zeit ad petitionem instituendam, als er zuvor re adhuc integra gehabt, dießfalls nachzugeben und zugelassen seie."

[2]) Es lassen sich im Allgemeinen 3 Momente denken, von welchen die R.B.Frist zu rechnen sein könnte:

a) vom Augenblick der stattgehabten Läsion, (d. h. also vom Ablauf des betr. Termins, der betr. Frist oder des abgeschlagnen Fristgesuchs);

b) vom Augenblick, wo sich die Parthie der Läsion bewußt wird, resp. der Kenntniß der Läsion;

c) vom Augenblick, wo der abnorme Zustand, welcher die Versäumniß verursachte, weggefallen ist, resp. die Parthie die Möglichkeit, die Versäumniß zu curiren, erlangt hat.

Digitized by Google

3) Aus der Natur der Sache und den Grundsätzen über Restitution überhaupt folgt aber weiter von selbst, daß dann, wenn durch Wegfall des ursprünglichen Restitutionsgrundes die Restitutionsbittfrist in Lauf gesetzt, aber nunmehr ein abermaliges Hinderniß eingetreten und hierdurch die Restitutionsbittfrist versäumt worden ist, nunmehr auch gegen den Ablauf der Restitutionsbittfrist Restitution nachgesucht werden könne. Aus denselben Gründen muß auch die Erstreckung der Restitutionsbittfrist an sich als statthaft angesehen werden, sofern Implorant darthut, daß die betr. Handlung noch nicht vorgenommen werden kann.

Der erste Moment empfiehlt sich schon deßhalb nicht, weil in vielen Fällen der Verletzte erst nach Ablauf der Frist zum Bewußtsein der Läsion kommt, und es widersinnig sein würde, auch in diesen Fällen den Verletzten zur Einhaltung der ohnehin so kurzen Frist schuldig zu erklären. Der zweite Moment empfiehlt sich mehr, aber auch gegen diesen läßt sich mit Recht einwenden, daß in vielen Fällen der Lädirte zwar Kenntniß von der Läsion hat, nichts destoweniger aber nicht handeln kann, weil das Hinderniß, welches früher die Läsion zu vermeiden hinderte, noch während der R.B.Frist fortdauert (die Krankheit, welche die Fristversäumung veranlaßte, währt fort ꝛc.). Es bleibt sohin der letzte Moment allein übrig und für diesen spricht auch wesentlich die Analogie der Grundsätze bezüglich des Anfangspunkts des Quadriennium, welches letztere nach der richtigeren Ansicht, Savigny l. cit. S. 339, vom Moment der Beseitigung des abnormen Zustandes, welcher die Läsion verursacht hat, gerechnet wird.

Diesen Moment als maßgebend angenommen, würde

aa) beim äußeren oder inneren Hinderniß der Zeitpunkt des Wegfallens dieses letzteren,

bb) bei dem Versäumniß des Vertreters der Augenblick, wo die Parthie von der Versäumung Kenntniß und so die Möglichkeit erhält, nunmehr das betr. Versäumniß zu repariren,

den Aufangspunkt der R.B.Frist bilden. Diese Grundsätze würden nur dann eine Aenderung zu erleiden haben, wenn die Parthie versucht hat, durch ein Fristgesuch den Eintritt der Läsion zu verhindern, das Gesuch aber abgeschlagen worden ist. Hier müßte die R.B.Frist vom Tage der behändigten Abschlagsverfügung gerechnet werden.

Digitized by Google

4) Die Bestimmungen bezüglich der Restitutionsbittfrist sind übrigens auf Minores durante minoritate nicht anwendbar [s]).

---

[s]) Die in Hessen geltenden Principien bedürfen einer eingehenderen Betrachtung.

I. **Restitutionsbittfrist bei den Stadt- und Landgerichten.**

Gesetz vom 1. Mai 1830, Art. 9:

„Die Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand müssen binnen vierzehn Tagen von der geschehenen Einhändigung oder Bekanntmachung der ergangenen Desertions- oder Präclusionsverfügung an eingebracht werden. Nach Verlauf dieser Zeit soll, wenn nicht von dem Bittenden deßhalb ganz besonders erhebliche Verhinderungsursachen angeführt und bescheinigt werden, auf dergleichen Restitutionsgesuche, als verspätet, keine Rücksicht genommen werden. Die Gerichte haben jedoch mit der Desertions- oder Präclusionsverfügung jedesmal eine in deutscher Sprache und hinlänglich bestimmt abgefaßte Erklärung der Restitutionsbittfrist und der Folgen ihrer Versäumung zu verbinden."

1) Die Dauer der Frist ist hiernach vierzehn Tage.

2) Bezüglich des Anfangspunkts, von wann diese Frist zu rechnen sei, enthält das alleg. Gesetz nur die Worte „von der geschehenen Einhändigung oder Bekanntmachung der ergangenen Desertions- oder Präclusionsverfügung an", und könnte man daher zu der Annahme veranlaßt sein, als trete der Lauf der Restitutionsbittfrist überall nicht ein, wo eine Desertions- oder Präclusionsverfügung nicht erlassen worden ist. Dieser Annahme widerspricht aber die Rechtsprechung entschieden und dreht es sich daher nur noch um die Frage, von wann in solchen Fällen die Restitutionsbittfrist zu rechnen sei. Die Beantwortung ist keine leichte. Muß hier ein Anfangspunkt gesucht werden, so scheint der Zeitpunkt der Kenntniß der Läsion derjenige zu sein, welcher dem Geiste des Gesetzes am meisten entspricht, indem dieses letztere einestheils auf die etwaige Fortdauer des früheren Restitutionsgrundes ausdrücklich keine Rücksicht nimmt, anderntheils die Benachrichtigung von der Läsion durch die Desertions- oder Präclusionsverfügung erfordert. Bei Durchführung dieses Princips ergibt sich nun im Ganzen Folgendes:

Digitized by Google

II. Manche Rechtslehrer sind der Ansicht, daß die oben ange-

Es sind zwei Hauptfälle zu unterscheiden:

I. der Fall, wo die Läsion erst durch die Präclusiv- resp. Desertionsverfügung entsteht. Hierher gehört, wenn die Parthie oder deren Vertreter um Fristerstreckung oder Terminsverlegung gebeten, also einen Versuch zur Wahrung der Frist oder des Termins gemacht hatte. In diesem Fall beginnt die Restitutionsbittfrist von dem Augenblick der Publication oder Insinuation des betr. Präclusions- oder Desertionsdekrets;

II. der Fall, wo gar kein Versuch zur Wahrung der Frist oder des Termins gemacht worden ist.

Hier ist wieder zu unterscheiden:

a) Handelt die Parthie in Selbstperson und ist sie

aa) unzweifelhaft der Rechte kundig (z. B. ein für sich selbst handelnder Advokat), so ist die Restitutionsbittfrist zu rechnen vom Augenblick des versäumten Termins resp. der versäumten Frist, da der Rechtskundige wissen muß, daß mit dem Ablauf der Frist die Läsion erfolgt ist. Ist die Parthie dagegen

bb) der Rechte nicht kundig, so kann die Restitutionsbittfrist erst von dem Augenblick laufen, wo sie zum Bewußtsein der Läsion kam, namentlich wo sie durch den Richter Kenntniß hiervon erhalten hat.

b) Handelt die Parthie durch einen öffentlichen Anwalt, so ist zu unterscheiden:

aa) Hatte die Versäumniß, wegen welcher Restitution gesucht wird, in der Nachlässigkeit des Anwalts ihren Grund, so ist die Restitutionsbittfrist von dem Moment zu rechnen, wo die Parthie Kenntniß von der Versäumung (sei es durch den betr. Anwalt selbst oder das Gericht) erhielt, weil hier der frühere Anwalt gar nicht mehr auftreten darf.

Hiermit steht in Einklang die Rechtsprechung des Hofgerichts in D., Notizenbuch Nr. 275.

bb) War dagegen die Versäumniß die Folge eines anderen Umstandes, so ist hier der zeitige Anwalt zum Erbitten der Restitution berechtigt und verpflichtet, und aus diesem Grunde muß dessen Wissenschaft von der Läsion, welche vom Ablauf des Termins zu rechnen ist, als diejenige der Parthie selbst angesehen und danach die Restitutionsbittfrist berechnet werden.

Digitized by Google

führte Vorschrift des D. A. von 1600 nur Anwendbarkeit

Auch hiermit stimmt die Rechtsprechung des Hofgerichts in Darmstadt, Notizenbuch Nr. 215, und namentlich hat das genannte Colleg ausgesprochen, daß es in Fällen, wo durch Anwälte gehandelt werde, auf den Erlaß von Präclusiv- oder Desertionsverfügungen gar nicht ankomme, so daß also hier die Restitutionsbittfrist nur in dem einzigen Falle von der Behändigung der Desertions- oder Präclusionsverfügung läuft, wo die Läsion erst durch diese Verfügung ausgesprochen worden ist (1).

Hervorzuheben ist, daß das Hofgericht in D. in dem Falle, wo die Ausschlußverfügung ein Erkenntniß ist, die Restitutionsbittfrist erst vom Eintritt der Rechtskraft rechnet, Notizenbuch Nr. 250, und daß das Hofgericht in Gießen bei Versäumung der Beweisfristen davon ausgeht, daß, obgleich die fraglichen Fristen eo ipso peremtorisch seien, die Restitutionsbittfrist doch erst von der Bekanntmachung einer Präclusivverfügung zu laufen beginne, und also, so lange eine solche nicht erlassen sei, ein Restitutionsgesuch noch zeitig eingereicht werden könne.

Raabs Ehel. ca. Meyer Meyer von Wohnbach; K. Reuter V. ca. P. Reuters Wtw. zu Nieder-Weisel, 26. Juni 1863; v. Breidenbach und v. Buseck Erben ca. J. Schmidt v. Dautphe, 17. Aug. 1863.

3) Die Restitutionsbittfrist ist erstrecklich. Es folgt dies einestheils aus der Regel der Erstrecklichkeit der Fristen, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt, anderntheils daraus, daß auf ganz besonders erhebliche Verhinderungsursachen sogar nach Ablauf der Restitutionsbittfrist noch ein Restitutionsgesuch eingebracht werden kann, um so mehr also (weil ein minus) Frist auf solche Ursachen hin ertheilt werden muß. Das Fristgesuch muß aber allerdings auf solche Ursachen gestützt werden, wie sie auch nach Ablauf der Frist tüchtig sein würden.

Mit dieser Anschauung stimmt diejenige des O.A.Gs überein, vgl. Dekret v. 24. März 1863 in S. Wagner zu Darmstadt gegen Jäger daselbst, Durchfahrtsgerechtigkeit betr. Das Hofg. in D. war in dieser Sache anderer Ansicht gewesen, ebenso in einer früheren: Nathan Bendheim von Auerbach gegen Aug. Hofmann in Lörzenbach, Dekret v. 6. Juli 1861. Vgl. Beleg 60.

4) Auch nach Ablauf der Restitutionsbittfrist soll nach dem alleg.

Digitized by Google

für die Reichsgerichte gehabt habe. Für diese Annahme liegt

Gesetze das betreffende Restitutionsgesuch noch angenommen werden, wenn ganz besonders erhebliche Verhinderungsursachen angeführt und bescheinigt werden, welche die Einhaltung der fraglichen Frist unmöglich machten. Das heißt mit andern Worten, es findet auf solche Ursachen hin Restitution gegen deren Ablauf statt. Diese Restitution muß nun aber — dieß folgt aus der Fassung des Gesetzes — keineswegs wieder binnen vierzehn Tagen erbeten werden, sondern es ist dem Imploranten auch später die Anführung und Bescheinigung erheblicher Ursachen, warum die Restitutionsbittfrist versäumt worden ist (z. B. Negligenz des Anwalts), gestattet.

Anerkannt in Rescript O.A.Gs. an das Hofg. in G. in S. Dietrich Boy in Altenstadt gegen Georg Weith zu Münzenberg vom 29. December 1834. Beleg 59.

Das Gesetz schreibt vor, daß die Gerichte mit der Desertions- oder Präclusionsverfügung jedesmal eine Erklärung der Restitutionsbittfrist und der Folgen ihres Ablaufs zu verbinden haben. Es fragt sich, inwiefern das Unterbliebensein der Erklärung einen Restitutionsgrund abgibt,

a) wenn der Richter die Befolgung der gesetzlichen Vorschrift bei Erlaß der Desertionsverfügung unterlassen hat;
b) wenn von einer Erklärung der Restitutionsbittfrist deßhalb nicht die Rede sein konnte, weil eine Präclusionsverfügung überhaupt nicht erlassen worden ist.

Hier werden folgende Grundsätze aufzustellen sein.

Handelt die Parthie in Selbstperson und ist dieselbe der Rechte kundig, so ist in dem einen, wie dem andern Falle auf die Nichterklärung der Restitutionsbittfrist gar kein Gewicht zu legen. Ist sie aber der Rechte nicht kundig, so gibt die Thatsache der Nichterklärung einen selbstständigen Restitutionsgrund ab.

Handelt die Parthie durch einen öffentlichen Anwalt, so ist zu unterscheiden, ob die ursprüngliche Versäumung, gegen welche Restitution nachgesucht wird, auf die Schuld des Anwalts zurückfällt, oder ob dieß nicht der Fall ist. 1) Im ersteren Falle läuft, wie früher erörtert, der Parthie die Restitutionsbittfrist erst dann, wenn sie Nachricht von der Versäumung hat. Hat nun aber der Anwalt bei der Benachrichtigung unterlassen, der Parthie die Restitutionsfrist zu erklären resp. sie darauf aufmerksam zu machen, so ist zwar der rechtsunkundigen

Digitized by Google

kein Grund vor. Folgt man aber dieser Ansicht, so würde das Quadriennium anwendbar sein (§. 79).

Parthie Restitution gegen Nichtbenutzung der Frist zu gewähren, nicht aber der rechtskundigen. 2) Im letzteren Fall läuft der Parthie, sei sie rechtskundig oder nicht, die Frist vom Augenblick des Ausschlusses und der Anwalt hat für die Wahrung der R.B.Frist zu sorgen. Versäumt er nun aber diese Frist, so ist die Parthie unter den gewöhnlichen Voraussetzungen zu restituiren.

Die vorstehenden Grundsätze sind insofern vom O.A.G. anerkannt, als ausgesprochen worden ist, daß der rechtsunkundigen Parthie die Versäumung der R.B.Frist nicht schade, wenn ihr die über dieselbe geltenden Grundsätze von dem Anwalt bei Benachrichtigung von seinem Versehen nicht erklärt wurden. Die Thatsache der Nichterklärung sei Restitutionsgrund. E. in S. Bickes zu Mainz ca. Silbereisen in Gießen, 1844. (Beleg 58), Graf Stolberg ca. Gemeinde Niederseemen, 1844.

5) Ist die Restitutionsbittfrist eingehalten, das Restitutionsgesuch wird aber verworfen, so kommt diese Einhaltung einem erneuerten Gesuche zu gut und bedarf es keiner besonderen Rest.

Angenommen v. O.A.G. in S. des Johannes Karber bei Schiffenberg ca. Ehefrau Bollof zu Gleimenhain 1846 u. Gemeinde Richen ca. Gemeinden Kleestadt, Langstadt ꝛc. Weideberechtigung betr. Verf. v. 14. Mai 1851; vgl. auch Verf. O.A.Gs. in S. Blösinger ca. Apfel Räumung einer Wohnung betr. v. 17. Juni 1846.

6) Die Frage, ob die Grundsätze über die Restitutionsbittfrist auch für Minores und die ihnen Gleichgestellten gelten, ist nichts weniger, als zweifellos. Das Gesetz spricht sich hierüber nicht aus, redet vielmehr ganz allgemein. Daraus folgt nun keineswegs die Anwendbarkeit auf Minores, deren Privileg auf einer lex specialis beruht. Ueberdieß scheint die ganze innere Natur des Privilegs der Minderjährigen der Zulässigkeit der 14tägigen Restitutionsbittfrist zu widerstreiten. Diese Natur besteht darin, daß der Minderjährige während der Dauer seiner Hilfsbedürftigkeit gegen Versehen seiner Vertreter geschützt werden und daß ihm auch noch vier Jahre nach beseitigter Hilfsbedürftigkeit gestattet sein soll, selbst jene Versehen zu beseitigen. Hiermit scheint es aber ganz unvereinbar, die Restitution eines Minderjährigen bei fortdauernder Hilfsbedürftigkeit davon abhängig zu machen, daß der Vertreter desselben die Restitution binnen

Digitized by Google

B. Es ist nur ein Theil der Handlung versäumt.

§. 70.

1. Kann hier auch ohne Antrag restituirt werden?

Diese Frage ist regelmäßig zu verneinen, weil da, wo die Parthie einen Theil des Vorbringens des Gegners zu verabreden

---

einer 14tägigen Frist nachsuche, da die Hilfsbedürftigkeit, welche ihn überhaupt gegen Versehen seines Vertreters schützt, ihn doch auch schützen sollte, wenn er die Restitutionsfrist nicht einhält. Endlich handelt das Gesetz aber nach seinem Zusammenhang auch nur von den Fällen, wo Restitution, wegen Verhinderung an Einhaltung der Fristen, gesucht wird, also von Fällen der absentia und generalis clausula. Demgemäß haben sich auch früher einzelne Referenten des höchsten Gerichts ausgesprochen. (Vgl. Zielch ca. Babenhausen, Beleg 1.) In neuerer Zeit scheint sich aber die Rechtsprechung des O.A.Gs. dahin fixirt zu haben, daß auch minores und die ihnen Gleichgestellten unter der Vorschrift der Restitutionsbittfrist stehen. Bezüglich der Kirchen ist es mindestens ausgesprochen in S. Kirche Auerbach ca. Gerlach We. E. v. 14. Juli 1860, woselbst Bezug genommen ist auf: Präsenz Babenhausen ca. Nehm Oestreich das. Vorzugsrecht E. v. 15. Juni 1850 u. Superintendenturbesoldungsfond ca. Centralfiscus, Auszahlung des Ruhegehalts, 1856. Ueber die Tragweite jener Rechtsprechung habe ich mich nicht vergewissern können. M. E. muß man sie aber dahin verstehen: Die gesetzlichen Vertreter Minderjähriger und der ihnen Gleichgestellten sind an die Restitutionsbittfrist gebunden, wird diese Frist aber durch ihre Schuld versäumt, so bildet dieß einen selbstständigen (anzuführenden) Restitutionsgrund gegen den Ablauf der Frist. Der Unterschied ist also der, daß nach Ablauf der Restitutionsbittfrist nicht blos wegen der Verletzung an sich restituirt wird, sondern daß das Verschulden des Vertreters darzuthun ist. Dieser Unterschied wird namentlich praktisch, wenn der minor durch einen öffentlichen Anwalt handelt und die Restitutionsbittfrist versäumt ist. Da nämlich Minores in Ansehung der Verletzungen durch die Schuld öffentlicher Anwälte keinen besonderen Anspruch auf Restitution haben, und es in jenem Falle von vornherein nicht erkennbar erscheint, ob die Verletzung dem gesetzlichen Vertreter oder dem öffentlichen

Digitized by Google

unterlassen oder eine selbstständige Anführung versäumt hat, nicht

---

Anwalte zur Last fällt, so müssen zur Restitution gegen den Ablauf der Restitutionsbittfrist hier immer besondere Restitutionscausalien behauptet und (also z. B. auch das Versehen des gesetzlichen Vertreters) bescheinigt werden.

Die consequente Durchführung dieser Ansicht führt denn auch dazu, daß die gesetzlichen Vertreter der Minderjährigen und der ihnen Gleichgestellten unter Umständen den Rest.-Eid leisten müssen. Nämlich dann, wenn der Prozeß durch einen öffentl. Anwalt geführt wird und die Restitutionsbittfrist abgelaufen ist. Will hier die Parthie z. B. noch mit einer angeblich neu aufgefundenen Gegenbeweisantretung zugelassen werden, so muß sie beeidigen (oder sonst bescheinigen), daß sie die betr. Beweismittel erst nach der vorbestimmten Frist aufgefunden habe, denn wollte man hier die Beweismittel ohne Weiteres zulassen, so würde die Parthie unter dem Vorwand des neuen Auffindens auch solche Beweismittel einbringen können, welche der öffentliche Anwalt absichtlich, im Glauben, sie seien unerheblich, innerhalb der Beweisfrist nicht namhaft gemacht hat. Im Wesentlichen von diesen Grundsätzen ist auch der Ref. des O.A.Gs. ausgegangen in S. Superintendentur-Besoldungs-Fonds ca. Centralfiscus 1857, ohne daß indessen die betr. Frage zur Entscheidung kam.

II. Restitutionsbittfrist bei den Obergerichten.

Was

1) die **Dauer** der Restitutionsbittfrist betrifft, so ist durch den Gemeinen Bescheid des O.A.Gs. v. 22. Mai 1816, ausgedehnt auf die Mittelgerichte durch O.A.Gs.-Rescript vom 19. Januar 1817, im Anschluß an die Bestimmung des §. 86 des Dep. Absch. v. 1600, bestimmt, daß die Restitution jedesmal „binnen einer dem versäumten Termin oder der letzten ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten Prorogation gleichlangen Frist" eingebracht werden soll.

Die Frist soll

2) „von dem Ablauf des versäumten Termins oder vom Tage der Insinuation der erkannten Präclusions-Erklärung" gerechnet werden.

Dieser Satz hat indessen in der Praxis folgende nähere Präcisirung erhalten:

Digitized by Google

alsbald die Läsion der Parthie liquid vorliegt, wie solches der Fall

a) Fällt die Versäumung, welche reparirt werden soll, auf die Schuld des öffentlichen Anwalts (nur ein solcher darf in den höheren Instanzen auftreten), so läuft die Restitutionsbittfrist erst von dem Augenblick, wo die Parthie selbst, sei es durch den Anwalt oder das Gericht, Kenntniß der Versäumung erhält. Es ergibt sich diese Ausnahme schon daraus, daß hier der versäumende Anwalt gesetzlich nicht mehr handeln darf.

b) Fällt dagegen die Versäumung dem Anwalt nicht zur Last, sondern wird die Restitution auf einen anderen Grund erbeten, so ist der Fall, wo die Läsion schon mit dem Ablauf des betr. Termins oder der betr. Frist vollkommen außer Zweifel ist, von demjenigen zu unterscheiden, wo die Läsion erst durch die Präclusions- oder Desertionsverfügung entsteht (Abschlag des Fristgesuchs und Deserterklärung). Im ersteren tritt die Restitutionsbittfrist mit dem Ablauf des Termins oder der betr. Frist in Lauf, im letzteren erst mit der behändigten Präclusionsverfügung. Vgl. Beleg 58, ferner Verf. O.A.Gs. v. 29. Mai 1834 in S. Johannes Schneider von Heppenheim ca. Franz Mang das., vgl. mit Verf. v. 3. März 1847 in S. Blösinger in Darmstadt ca. Philipp Saul in Heppenheim; Beschluß v. 30. April 1835 in S. Störger zu Groß-Zimmern ca. Haas zu Hanau; Verf. v. 13. Nov. 1845 in S. Blösinger ca. Apfel, Räumung einer Wohnung betr.

3) Bezüglich der Erstreckung der Restitutionsbittfrist gelten die oben sub I, 3 erörterten Grundsätze.

4) Restitution gegen deren Ablauf. Nach dem G. B. soll auch nach Ablauf der R. B. Frist das Restitutionsgesuch noch berücksichtigt werden, wenn von dem Bittenden deßhalb ganz besonders erhebliche Verhinderungsursachen angeführt und bescheinigt werden, d. h. es findet unter diesen Umständen Restitution gegen den Ablauf der R. B. Frist statt. Von dieser Restitution gelten die sub I, 4 erörterten Principien. Hervorzuheben ist nur:

a) Der G. B. enthält die Bestimmung:

„Damit auch die Parthieen sich nicht mit der Unwissenheit oder der zu spät erhaltenen Kenntniß von dem Versäumniß und der ergangenen Desertions- oder Präclusionserklärung, entschuldigen mögen, so haben die Anwälte, besonders in dem Falle, wo die Schuld

Digitized by Google

ist, wenn eine ganze, an eine Frist geknüpfte Prozeßhandlung versäumt ist.

---

bloß an ihnen liegt und deßhalb nach Vorschrift des gem. Bescheids v. 9. März 1807 die Rest. durch einen anderen Anwalt nachgesucht werden muß, ihre Clienten bei Strafe der Ordnung jedesmal sogleich hiervon zu benachrichtigen."

Es fragt sich nun, inwiefern die nicht erfolgte Benachrichtigung von der Versäumung einen Restitutionsgrund abgeben könne? In den Fällen, wo die ursprüngliche Versäumung auf die Schuld des Anwalts fällt, ist die Benachrichtigung von der Versäumung Vorbedingung des Laufs der Restitutionsbittfrist, es gehören also nur die Fälle hierher, wo die Versäumniß auf einer anderen causa beruhte, weil in diesen Fällen die Restitutionsbittfrist, auch abgesehen von der Benachrichtigung der Parthie, in Lauf tritt. Man muß aber hier einfach den Satz aufstellen, daß wenn hier der Anwalt die Wahrung der Restitutionsbittfrist unterlassen hat, der Parthie auf die einfache Thatsache hin, daß sie keine Kenntniß von der ursprünglichen Versäumung erhalten hatte, Restitution gegen Ablauf der R. B. Frist zu ertheilen ist, weil das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, daß die Parthie zur eignen Wahrung ihrer Rechte Kenntniß von der Versäumung erhalten soll, und in der Unterlassung dieser Kenntnißgabe eine Pflichtwidrigkeit des Anwalts zu erkennen ist, welche der Parthie nicht schaden kann.

b) Der Gemeine Bescheid enthält keine Bestimmung darüber, daß der Anwalt zugleich mit der Kenntnißgabe von der Versäumung eine Erklärung der Restitutionsbittfrist zu verbinden habe. Nichts desto weniger wird der rechtsunkundigen Parthie aber Restitution wegen Nichtwahrung der Restitutionsbittfrist zu gewähren sein, wenn die ursprüngliche Versäumung auf der Schuld des Anwalts beruhte und sie zwar zeitig von der Versäumung Kenntniß, aber keine Belehrung über die Restitutionsbittfrist erhielt und nun in ihrer Rechtsunkenntniß diese Frist nicht wahrte. Es folgt dieser Grundsatz aus analoger Anwendung der bei den Untergerichten geltenden Vorschrift der Erklärung der Restitutionsbittfrist, und er ist anerkannt vom O.A.G. in S. Silbereisen ca. Bickes, 1844 (Beleg 58).

Digitized by Google

§. 71.

2. Inhalt des Restitutionsgesuchs.

Hier gelten im Allgemeinen die in §. 66 erörterten Grundsätze [1]). Es bedarf daher

1) der Angabe der Läsion, also der genauen Angabe des versäumten Theiles (der betr. Einrede u. s. w., vgl. §. 12 II zu 1, a u. b), ferner

---

5) Der Satz, daß die Einhaltung der Restitutionsbittfrist einem erneuerten Restitutionsgesuche zu gut komme (I. Nr. 5), gilt auch hier.

6) Anwendbarkeit auf Minores und die ihnen Gleichgestellten.

Nach der Praxis des O.A.Gs. erscheint der Gem. Bescheid auf Minderjährige und die ihnen Gleichgestellten nicht anwendbar, diese genießen vielmehr das gemeinrechtliche Quadriennium.

Vgl. in S. Gemeinde Lindheim ca. Freiherrn v. Pennigen Bescheid O.A.Gs. v. 13. Mai 1828 (Restitution gegen den schon seit 3 Jahren eingetreten gewesenen Ablauf der Beweisfrist); in S. Stadt Münzenberg ca. Grafen v. Solms-Laubach das Treiben der Schweine betr. Beschl. O.A.Gs. v. 19. März 1830 (R. gegen ein seit zwei Jahren abgelaufenes Appellationsfatale); in S. Gemeinde Ober- und Unterflorstadt ca. Freiherrn v. Löw zu Steinfurth, Entschädigung betr. (seit beinahe 4 Jahren waren die Fatalien zur Fortsetzung der Appellation versäumt); in S. Gemeinde-Staaden, Ober-Mockstadt ꝛc. ca. Isenburg-Büdingen, Besitzstörung, 1839; in S. Zielch ca. Babenhausen 1840, Beleg 1; in S. Hessen-Philippsthal-Barchfeld ca. Solms-Lich. 1833.

[1]) Für Hessen fragt es sich vor Allem, ob die VO. von 1812 und das Gesetz von 1830 überhaupt auf die hier in Rede stehende Restitution angewendet werden können? Allerdings sprechen nun die fraglichen Gesetze hauptsächlich von dem Falle, wo die ganze Handlung versäumt worden ist, allein, abgesehen davon, daß einzelne der durch jene Gesetze aufgestellten Erfordernisse schon aus allgemeinen Principien folgen, so steht Nichts der analogen Anwendung auf die hier zur Sprache kommenden Fälle entgegen, und man wird daher eine solche Anwendung überall statuiren müssen, wo nicht aus der besonderen Natur der hier fraglichen Restitution etwas Anderes folgt. Hiermit stimmt auch die Praxis überein.

Digitized by Google

2) des betr. Restitutionsgrunds, sowie
3) der sofortigen Bescheinigung dieses Letzteren, oder, wo dieses nicht möglich, Bezeichnung der betr. Bescheinigungsmittel. Hervorzuheben ist nur, daß auch dann, wenn wegen Nichtkenntniß von Thatsachen oder Beweismitteln, oder wegen Nichtdienlicherachtens Restitution gegen den Ablauf der Frist nachgesucht wird, der Imploxant die Wahl hat, ob er den offerirten Eid oder ein sonstiges Bescheinigungsmittel wählen will [2]);
4) der Darlegung, daß die Restitutionsbittfrist gewahrt oder deren Versäumung zu entschuldigen sei; und endlich
5) eines gehörigen Petitums, welches hier übrigens dahin geht, gerade den betr. versäumten Theil noch zuzulassen [3])[4]).

---

[2]) Die ausschließliche Zulässigkeit der Bescheinigung durch den offerirten Eid tritt erst ein bei Restitution gegen Urtheil in Gemäßheit des Gemeinen Bescheids von 1669. Auch in Hessen ist es ausdrücklich anerkannt, daß solange es sich nicht um Restitution gegen Urtheil dreht, sowohl die Nichtkenntniß der Thatsachen und Beweismittel, als die Unmöglichkeit der Herbeischaffung der Letzteren nicht ausschließlich durch den offerirten Eid bescheinigt werden muß. Vgl. die Entscheidung des O.A.Gs. in S. Isaak Pfannstiel zu Langenschwarz ca. Moses Aron in Düttelsheim v. 14. October 1823, wonach Imploxant, der nach Ablauf des Beweistermins noch neue Urkunden beibrachte, zu bescheinigen oder zu beeidigen hatte: „daß er die neu beigebrachten Urkunden vor dem Ablauf des Beweistermins nicht aufgefunden und aller angewandten Mühe und Fleißes ungeachtet nicht habe auffinden können."

[3]) Stützt sich das Restitutionsgesuch auf die Nachlässigkeit des früheren Anwalts, so gelten für Hessen die in §. 67 erörterten Grundsätze.

[4]) Für Hessen fragt es sich, wie es sich mit dem in §. 66 hervorgehobenen Requisit der Contumacialkosten verhalte? Mit Recht wird man dieses Requisit als hier unplatzgreiflich ansehen, denn wenn nur ein Theil einer Handlung versäumt ist, so kann von vornherein von einem Ungehorsam gegen richterliche Verfügung (contumacia) gar nicht die Rede sein, und überdieß sind die etwa erwachsenen Kosten nicht sowohl durch die Unterlassung des Imploranten, als durch den regelmäßigen Prozeßgang erwachsen. Man wird daher dem Imploranten selbst dann keine Kosten aufbürden können, wenn er etwa die Einlassung auf Klage ändert und so den Prozeß bei-

Digitized by Google

§. 72.

3. Verfügung und weiteres Verfahren, Rechtsmittel.

Hier gelten wesentlich die oben in §. 67 und 68 hervorgehobenen Grundsätze und nur das ist bezüglich der Vertheidigung des Imploraten besonders hervorzuheben, daß, wenn der Implorant im Wege der Restitution neue Beweismittel eingebracht hat, Implorat hierdurch eo ipso die Berechtigung erhält, directe Gegenbeweismittel zu benennen [1]), nicht dagegen auch das Recht, die nochmalige Vernehmung eines Zeugen zu verlangen, es sei denn über neue, durch das Restitutionsgesuch veranlaßte und vom Imploraten hervorzuhebende Punkte [2]).

---

nahe bis zum Anfang zurückversetzt, vielmehr die Entscheidung dem Endurtheil vorbehalten.

Von solchen Grundsätzen ist das O.A.G. bei einer Restitution wegen einer neuen Einrede nach rechtskräftiger Entscheidung ausgegangen in S. Schönbergers Ehefr. ca. Reimherr (Beleg 15).

[1]) Anerkannt vom Hofg. in D. in S. Diffene ca. Gremm, E. v. 12. Mai 1862, verglichen mit der dort alleg. Sache Peter Rettig v. Seidenbach ca. Philipp Fähndrich das. Weggerechtigkeit betr. und besonders Peter Hofmann in Winterkasten ca. Konrad Vetter das. Wässerungsrecht betr. E. v. 1. Mai 1861 (Beleg 68). Das O.A.G. dagegen scheint noch keine feste Rechtsprechung zu haben: In S. Stadt Hirschhorn ca. Forstfiskus hatte das Hofg. (als I. Instanz), nachdem der klagenden Stadt im Wege der Restitution der Gebrauch neuer Beweismittel gestattet worden war, auch dem Forstfiskus die Geltendmachung weiterer, durch die peremtorische Gegenbeweisfrist ausgeschlossener Gegenbeweismittel ohne Restitutionsertheilung nachgelassen. Klägerin ergriff Berufung und vom O.A.G. wurde am 6. Sept. 1837 erkannt, daß der Gebrauch weiterer Gegenbeweismittel ohne Restitutionsertheilung nicht statthaft sei, daß daher das judicium a quo über die eventuell nachgesuchte Restitution das Rechtliche zu verfügen habe. Gegen diese Entscheidung vgl. aber diejenige in Seufferts Arch. Bd. XIII Nr. 289, wo das Gegentheil angenommen ist. 1852.

[2]) Vgl. die alleg. Entsch. des Hofgs. in D. in S. Hoffmann ca. Vetter.

Digitized by Google

§. 73.

4. Aufhebung.

Da die Vorschrift des D. A. von 1600 nur von rest. contra lapsum fatalium aut alius termini praejudicialis handelt, hierunter aber nur Restitutionen gegen totale Frist- oder Terminversäumungen verstanden werden können, so darf die Restitutionsbittfrist in Fällen der hier vorliegenden Art nicht angewendet werden [1]). Es läuft daher hier das Quadriennium (§. 79).

---

[1]) Höchst zweifelhaft ist es, ob die für die hessischen Gerichte (§. 69 Note 3) vorgeschriebenen Restitutionsbittfristen auf Restitutionen der hier vorliegenden Art Anwendung leiden können. Das O.A.G. scheint diese Frage allerdings zu bejahen.

In S. Hofferberth und Eckert ca. v. Löwenstein und v. Erbach-Schönberg handelte es sich um ein Restitutionsgesuch wegen unterlassener partieller negativer Litiscontestation, gestützt auf ein Versehen resp. einen Rechtsirrthum des Anwalts. Der Referent prüfte hierbei u. A., ob die 14tägige Restitutionsbittfrist eingehalten sei (die Entscheidung wurde übrigens schließlich auf einen anderen Grund hin gefällt). In S. Steinhäuser ca. Braubach, beim Hofg. in G. in erster Instanz anhängig, entschied das O.A.G. am 31 März 1854, daß in solchen Fällen, in welchen das Restitutionsgesuch propter noviter reperta (weil nicht gegen ein Urtheil, welches beseitigt oder abgeändert werden solle, gerichtet) nicht als remedium rest., sondern als die Rechtswohlthat der R. erscheine, dasselbe nach Maßgabe der Bestimmungen des R. D. A. v. 1600 §. 86 und resp. des G. B. des O.A.Gs. vom 22. Mai 1816 binnen einer, der versäumten gleichlangen Frist, welche von dem Moment des Auffindens der nova zu laufen beginne, bei Gericht eingereicht werden müsse; vgl. Notizenbuch Hofgs. in G. Nr. 282, wo auch verwiesen ist auf E. Hofgs. in G. in S. Lehnsvormundschaft über Ernst v. Breidenbach zu Breidenstein ca. die in der Concurssache des Heinrich Schmidt zu Breidenstein eingewiesenen Gläubiger v. 11. Nov. 1854. In S. v. Wetzel zu Ober-Mörlen ca. sämmtliche Einwohner von Melbach, Mühlbannrecht betr., 1845, war übrigens das O.A.G. von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen. In der Plenarsitzung des Hofgs. in G. v. 3. Febr. 1860 wurde per majora festgestellt, daß die Art. 9 und 10 des Ges. v. 1. Mai 1830, betr. Aufhebung der dilator. Termine, auf Gesuche um W. E. wegen neuer Thatsachen und Be-

Digitized by Google

§. 74.

II. Restitution gegen Nachtheile, welche durch positives Thun entstanden sind.

Es gelten hier im Allgemeinen die im §. 66 — 72 erörterten Grundsätze und nur folgende Punkte sind besonders hervorzuheben.

1) Das Petitum geht, der Natur der vorliegenden Läsion entsprechend, regelmäßig dahin, dem Imploranten unter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Zurücknahme resp. Abänderung des früheren Vorbringens in der Richtung, daß u. s. w., zu gestatten. Dreht es sich insbesondere um die Zurücknahme eines zugeschobenen und acceptirten Haupteides, so ist dasselbe dahin zu fassen: „die zum Nachweis des drohenden Meineids des Imploranten angerufenen neuen Beweismittel annoch zuzulassen, nach geführtem Beweise aber die früher erfolgte Zuschiebung und Acceptation des Eides zu rescindiren und zu erkennen u. s. w."

2) Eine Restitution ohne den Gegner zu hören, ist hier regelmäßig unstatthaft und namentlich dann, wenn das Restitutionsgesuch auf einen Irrthum gestützt ist, weil sonst dem Imploranten die Möglichkeit entzogen würde, die Unentschuldbarkeit des Irrthums zu behaupten und auszuführen [1]).

---

weismittel nicht anwendbar seien und der G. B. v. 22. Mai 1816 und 9. Januar 1817 sich nicht auf die Untergerichte beziehe.

Rein theoretisch genommen sollte die Rest.Bittfrist auf die hier vorliegende Art der Rest. nicht angewendet werden, sie ist auch kein so großes Bedürfniß, sofern man nur im Auge behält, daß ein nachfolgendes (unverträgliches) Urtheil alles Material selbstständig präcludirt, welches vor dem Urtheil hätte eingebracht werden können, vgl. §. 21.

[1]) Für Hessen kann auch in diesem Falle von einer Verpflichtung zur Zahlung von Contumacialkosten nicht die Rede sein. Auch die hess. Restitutionsbittfrist wird auf die vorliegenden Fälle Anwendung nicht leiden können.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Restitution gegen Urtheil.

§. 75.

I. Allgemeines.

Diese Art der Restitution kann nie von Amtswegen ertheilt werden. Einer besonderen Anzeige des Rechtsmittels bedarf es nicht. Ebensowenig einer förmlichen Klage, denn da durch diese Restitution nur ein Zustand aufgehoben werden soll, welchen ein bestimmter Prozeß herbeigeführt hat, auch das Material, abgesehen von der Angabe der Läsion und der causa restitutionis, in den Acten ist, so liegt es in der Natur der Sache, daß das Gesuch als Fortsetzung und beziehungsweise Bestandtheil des Prozesses, welcher den Nachtheil herbeigeführt hat, behandelt und in diesen Acten zur Entscheidung gebracht wird.

Die Requisite des Restitutionsgesuchs, das darauf folgende Verfahren, die gegen Entscheidungen der Restitutionsfrage zulässigen Rechtsmittel u. s. w. sind zwar im Allgemeinen nach den in den §. 66 ꝛc. erörterten Grundsätzen zu beurtheilen; immerhin aber zeigen sich in einzelnen Richtungen erhebliche Verschiedenheiten, und da außerdem die hier fragliche Restitution von ganz entschiedener Wichtigkeit ist, so erscheint es entsprechend, die insofern geltenden Principien in das Einzelne zu verfolgen. Dabei ist es nicht erforderlich, die Restitution wegen Unterlassungen von derjenigen in Ansehung positiver Handlungen von vornherein zu trennen, vielmehr wird es genügen, auf diese Eventualität bei den einzelnen Abschnitten der Behandlung die geeignete Rücksicht zu nehmen.

§. 76.

II. Restitutionsgesuch.

1) Angabe der Läsion.

Hat das Gesuch die Absicht

Digitized by Google

a) einen Nachtheil, der durch Unterlassung entstanden ist, zu heilen und zwar

aa) versäumte Einreden, Repliken u. s. w. einzubringen, so müssen die diese begründenden Momente bestimmt hingestellt werden, und es muß, wenn Thatsachen vorgetragen werden, namentlich bemerkt sein, in welcher Weise man deren Berücksichtigung wünscht, ob als Einrede, Duplik im ersten Verfahren oder als Beweiseinrede u. s. w.; sollen dagegen

bb) neue Beweismittel eingebracht werden, so sind nicht allein diese selbst, sondern zugleich diejenigen Punkte bestimmt anzugeben, welche damit erwiesen werden sollen. Regelmäßig werden sich die neuen Beweismittel zwar auf einen früher ausdrücklich zum Beweis verstellten Satz beziehen, es können dieselben aber auch nur zur Herstellung eines anderen Umstandes, welcher im Verhältniß zu dem früheren Beweisthema als künstlicher Beweis erscheint, dienlich sein, und namentlich in diesem Falle bedarf es einer besonderen Behauptung über das zu erweisende spezielle Thema, damit über dessen Erheblichkeit erkannt werden kann.

b) Hat die Restitution einen Nachtheil im Auge, der durch positives Thun entstanden ist, so ist das verletzende Vorbringen bestimmt zu bezeichnen, und, falls es sich um Zurücknahme eines thatsächlichen Geständnisses handelt, dem angeblich irrig Vorgetragenen der wahre Sachverhalt gegenüber zu stellen. Handelt es sich insbesondere um Restitution gegen ein Urtheil, welches auf einen zugeschobenen, acceptirten und dann ausgeschwornen Eid gebaut ist, so ist hier das außerordentliche Requisit dieser Restitution, der subjective Meineid des Imploraten, zu behaupten. §. 55.

2) Angabe des Restitutionsgrundes.

Hier ist zunächst auf §. 22—53 zu verweisen und nur das ist hervorzuheben, daß wenn zu der ursprünglichen Läsion (durch Fristversäumung ꝛc.) noch andere präcludirende Momente getreten sind (z. B. auf die Versäumung der Einrede

Digitized by Google

in der Erklärungsfrist ist Beweisinterlokut und dann auch Endurtheil erfolgt), entweder darzulegen ist, daß die ursprüngliche causa rest. noch bis zu dem letzten präcludirenden Momente (Endurtheil) gedauert habe, oder daß aus anderen Gründen die Restitution vor dem letzten präcludirenden Momente nicht habe eingebracht werden können [1]). Handelt es sich insbesondere um den Restitutionsgrund des Irrthums, so ist ausdrücklich zu behaupten, daß er bis zum letzten Urtheil, und, wenn dieses rechtskräftig ist, bis über die Rechtskraft gedauert habe [2]). Dreht es sich um Restitution gegen ein Urtheil, welches auf einem ausgeschwornen Haupteid beruht, so sind gerade diejenigen Restitutionscausalien zu poniren, ohne welche eine Restitution gegen einen Haupteid unzulässig ist [3]).

3) Sofortige Bescheinigung des Restitutionsgrundes [4]). Hier ist hervorzuheben:

a) Besteht der Restitutionsgrund in einer (bis zum Urtheil angedauert habenden) ignorantia oder einem error facti oder dem Nichtdienlicherachten [5]), so bildet der offerirte Eid des Lädirten die einzig mögliche Bescheinigung [6]). Vgl. den Gemeinen Bescheid vom 7. Juli 1669 (§. 44).

b) Besteht der Rest.-Grund aber in einem anderen Umstand,

---

[1]) Vgl. §. 21.

[2]) Vgl. §. 21. 28. 44. 45.

[3]) Vgl. §. 55.

[4]) Die sofortige Bescheinigung bei der Restitution gegen Urtheil ist in Hessen ausdrücklich vorgeschrieben in P. O. Thl. II. Tit. 12. §. 9. vgl. mit Thl. III. Tit. 5. §. 2.

[5]) In Hessen: der Unmöglichkeit der Herbeischaffung. Vgl. VO. vom 12. April 1806 Art. 3 u. 4.

[6]) Dieß gilt namentlich auch, wenn es sich um Zurücknahme eines gerichtlichen Geständnisses auf Grund eines entschuldbaren Irrthums handelt. Hier muß sich Implorant dahin zum Schwur erbieten, „daß er zur Zeit der Erklärung an die Wahrheit des Vorgetragenen geglaubt, nach dem Erlaß (der Rechtskraft) des Urtheils aber erfahren habe, daß ꝛc. (z. B. A keineswegs ab intestato, sondern ex testamento beerbt worden sei)." Vgl. auch Rel. O.A.Gs. in S. Weber ca. Plitt 1848. (Beleg 20).

Digitized by Google

so hat Implorant regelmäßig die freie Wahl, welche Art der Bescheinigung (ob offerirten Eid oder ein anderes Mittel) er vorziehen will.

Ist der offerirte Eid gesetzlich nothwendig, oder entscheidet sich die Parthie für denselben freiwillig, so richtet sich dessen Fassung nach den Restitutionscausalien. Derselbe kann, namentlich in Successionsfällen, auch de nescientia et de credulitate offerirt und abgeleistet werden und ist eintretenden Falls mit der Clausel „eingezogener sorgfältiger Erkundigung ohnerachtet" zu versehen [7] [8] [9].

4) Es muß aus dem Gesuch hervorgehen, daß das Quadriennium restitutionis noch nicht abgelaufen, die Restitution noch nicht verjährt ist. Einer ausdrücklichen desfallsigen Behauptung bedarf es indessen dann nicht, wenn nach der Prozeßlage das Quadriennium noch gar nicht abgelaufen sein kann. In vielen Fällen wird aber eine desfallsige thatsächliche Ausführung nothwendig sein [10], und es gelten dann die in §. 79 erörterten Grundsätze.

---

[7] Daß der Eid auch über Nichtwissen und Nichtglauben abgeleistet werden könne, ist vom O.A.G. anerkannt in S. Hessen-Philippsthal-Barchfeld ca. Fürsten Solms-Hohen-Solms E. v. 16. Januar 1836, Beleg 8.

Die oben erwähnte Clausel fügt das O.A.G. im Allgemeinen dann hinzu, wenn der Implorant zu seinem Vorgänger in einem solchen Verhältnisse steht, daß die Eruirung des Sachverhältnisses schon an sich zu dessen Obliegenheiten gehört. Vgl. die eben alleg. Rechtssache.

[8] Liegt in Hessen einer Gemeinde der offerirte Eid ob, so ist derselbe durch drei der dermaligen Mitglieder des Ortsvorstandes auszuschwören, wobei jedoch solche nicht zugelassen werden, welche als Zeugen vernommen worden sind. Vgl. O.A.Gs.-Rescript v. 8. April 1840 in S. Gemeinde Michelnau ca. Landmann, auch O.A.Gs.Präj. 60, 115 u. 118.

[9] Darüber, daß bei Minores der off. Eid cessirt, vgl. §. 54.

[10] Z. B. wenn nach dem Urtheil mehr als vier Jahre abgelaufen sind und nun Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel gesucht wird. Hier muß behauptet werden, daß die Beweismittel innerhalb der letzten vier Jahre von Einreichung des Restitutionsgesuchs

Digitized by Google

5) Das Petitum ist dahin zu fassen: den Imploranten, nach abgelegtem Restitutionseid (resp. nach erhobener Bescheinigung), unter Wiedereinsetzung gegen ꝛc. (z. B. die Frist zur Erklärung auf Klage, sowie das Beweisinterlokut und Enderkenntniß), mit dem neuen Einbringen (Einrede) noch zuzulassen, demnächst aber zu erkennen ꝛc.

Ist das Restitutionsgesuch übrigens auf novitas reperta gestützt, so ist es nicht als ein erheblicher Mangel des Petitums anzusehen, wenn dieses nur gegen das Urtheil (nicht auch gegen Ablauf der betr. Frist) gerichtet ist, obgleich auch hier, streng genommen, das Petitum den Ablauf der Frist erwähnen müßte.

§. 77.

III. Verfügung, weiteres Verfahren, Urtheil.

Findet der Richter bezüglich seiner Competenz [1]) und auch sonst keinen Mangel, der zur Abweisung des Restitutionsgesuchs, oder Rückgabe zur Verbesserung an den Imploranten führen müßte, so theilt er dem Imploraten das Gesuch zur Erklärung mit, und es

---

gerechnet, entdeckt worden seien. Der offerirte Eid ist hier entsprechend zu formuliren. Ein Restitutionsgesuch, bei welchem es zweifelhaft bleibt, ob das D. abgelaufen ist oder nicht, ist wie angebracht abzuweisen; vgl. Rel. O.A.Gs. in S. Zilch ca. Badenhausen 1840. Darüber, daß in Hessen auch die Einhaltung des Quadr. durch Eid bescheinigt und beziehungsweise der Restitutionseid mit Rücksicht auf diese Einhaltung formulirt werden kann, vgl. Rel. O.A.Gs. in S. Gemeinde Bingenheim ca. kurfürstl. Rentkammer zu Hanau, jetzt den kurfürstl. Staatsschatz in Kassel, Forderung betr. zum E. v. 2. Sept. 1845 und E. Hofgs. in D. in S. Katzenmeiers Wtw. Bekl. ca. Kaufmann Lammert in Bensheim v. 12. Sept. 1838 (Bopp Materialien S. 257 Note *). Vgl. Belege 1. 64. 19.

[1]) In Hessen tritt ganz besonders hier an den Richter die Frage heran, ob das betr. gegen Urtheil gerichtete Restitutionsgesuch sich als s. g. Remedium restitutionis darstelle, weil bezüglich dieses letzteren andere Competenzbestimmungen gelten, als von dem gegen Urtheil gerichteten s. g. Beneficium restitutionis. §. 58.

Digitized by Google

ist eine restitutio brevi manu geradezu unzulässig, weil sonst Implorat mit den wichtigsten Vertheidigungsmomenten ausgeschlossen würde.

Welcher Art die Vertheidigung des Imploraten sein könne, ergibt sich zunächst aus den Requisiten des Restitutionsgesuchs von selbst; es ist daher hier nur Folgendes hervorzuheben:

1) Bestreitet Implorat die Zulässigkeit der neuen Beweismittel an sich, so muß er die Unzulässigkeit sofort liquid stellen, sonst wird er nach Analogie des ordentlichen Verfahrens mit seinen Einwendungen in das Hauptverfahren verwiesen.
2) Ebenso muß Implorat, falls er dem Gegner eine culpa vorwirft, diese letztere (insofern sie nicht schon aus dem eigenen Vorbringen des Imploranten erhellt) sofort liquid stellen, sonst wird Implorant mit Rücksicht auf die summarische Natur des Restitutionsverfahrens zum Eide u. s. w. zugelassen.
3) Eine nicht unerhebliche Frage ist die, inwiefern Implorat Gegenbescheinigung beibringen dürfe?

Gesetzliche Bestimmungen existiren insofern nicht, allgemeine Grundsätze führen aber zu folgenden Resultaten:

a) Liegt ein solcher Restitutionsfall vor, wo das Gesetz den offerirten Eid als einzig zulässiges Bescheinigungsmittel bezeichnet, so kann eine Gegenbescheinigung nur dann zugelassen werden, wenn sofort liquid gestellt wird, daß Implorant bei Ableistung des Restitutionseides einen (wissentlichen) Meineid schwören würde [2]). Es folgt dieß daraus, daß in jenen Fällen das Gesetz die subjective Ueberzeugung des Imploranten als das ausschließlich Maßgebende bezeichnet, diese also unbedingt insolange aufrecht erhalten werden muß, als nicht ein — heutzutage unter allen Umständen zu verhindernder — Meineid inbicirt ist, sowie daraus, daß bei der summarischen Natur

[2]) In diesem Sinne hat sich auch der Ref. des O.A.Gs. ausgesprochen in S. Marschcommissär Müller ca. Gemeinde Spachbrücken, Zahlung eines Ruhegehalts betr. Rel. v. 1856 und ebenso der Ref. d. O.A.Gs. in S. Feigel ca. Werner 1846 (Beleg 61, 14).

Digitized by Google

des Restitutionsprozesses nur liquide Beweismittel zugelassen werden können.

b) Liegt dagegen ein Fall vor, wo der offerirte Eid nicht das gesetzlich vorgeschriebene Bescheinigungsmittel ist, so ist zu unterscheiden:

aa) Hat der Implorant sich sofort in seinem Restitutionsgesuch auf den offerirten Eid bezogen, so steht es dem Imploraten bis zur Ableistung des Eides frei, Gegenbescheinigung bezüglich des zu bescheinigenden Satzes beizubringen. Er wird aber hiermit nur dann, dann aber auch immer, durchdringen, wenn er die objective Unwahrheit des zu beschwörenden sofort liquid stellt. Es folgt dieß daraus, daß wenn auch die Gesetze den offerirten Eid als zulässiges Bescheinigungsmittel statuiren, bei dieser allgemeinen Zulassung die Subjectivität des Imploranten doch nicht so unbedingt in den Vordergrund geschoben scheint, daß nicht die erwiesene objective Unwahrheit des Themas dem Richter höher, als jene Subjectivität, stehen müßte. Ist aber der Gegenbeweis nicht vollständig erbracht, so gibt die gesetzliche Statthaftigkeit des offerirten Eides den Ausschlag.

bb) Hat sich Implorant dagegen in seinem Restitutionsgesuche auf andere Bescheinigungsmittel bezogen, als den offerirten Eid, so steht es dem Imploraten frei, sofort Gegenbescheinigung beizubringen, es ist dann Sache des richterlichen Ermessens zu untersuchen, ob die Bescheinigung des Imploranten durch die Gegenbescheinigung des Imploraten so geschwächt ist, daß sie ihm nicht mehr genügt zur Ertheilung der Restitution. In diesem Falle ist auf bessere Bescheinigung zu erkennen und hierbei ist dem Gegner wieder Gegenbescheinigung binnen bestimmter Frist (wie im summarischen Verfahren) frei zu stellen. Dies letztere hat auch immer stattzufinden, wenn der Restitutionsfall ausnahmsweise so geartet ist, daß Implo-

Digitized by Google

rant von vornherein die Bescheinigung der causa rest. nicht sofort beigebracht hat und das Gericht auf Bescheinigung interloquirt. Die bessere Bescheinigung kann dann aber wieder durch den offerirten Eid beigebracht werden und es gelten dann die sub aa bemerkten Grundsätze.

4) Bezweckt die Restitution Einbringung einer neuen Einrede, so steht es dem Imploraten frei, ohne Weiteres die hierauf bezügliche Replik vorzutragen (mut. mut. gilt dies auch von Replik und Duplik), und ebenso hat

5) Implorat das Recht neuen Gegenbeweis anzutreten, wenn die Restitution Einbringung neuer Beweismittel bezweckt [3]).

Das nach Einreichung der Vertheidigung des Imploraten einzuhaltende Verfahren richtet sich nach dem einzelnen Falle. Findet der Richter noch einen weiteren Schriftwechsel nöthig, so ordnet er solchen an, dann aber wird nach Lage der Sache erkannt. Erscheint das Gesuch im Allgemeinen begründet und ist dasselbe z. B. auf das Auffinden einer neuen Einrede nach erlassenem Enderkenntniß gestützt, so ist das Erkenntniß dahin zu fassen, „daß die neue Einrede noch zuzulassen sei, wenn Implorant den Restitutionseid in einem demnächst anzuberaumenden Termin dahin ableiste, daß er die fragliche Einrede erst nach Rechtskraft des Enderkenntnisses in Erfahrung gebracht habe." In dem fraglichen Urtheil ist nach Lage der Sache auch über die Kosten des Restitutionsverfahrens zu erkennen. Hierbei gilt der Grundsatz, daß dem Imploranten die Kosten des Restitutionsgesuchs immer [4]), diejenigen der übrigen Schriftsätze und Termine nur insofern nicht treffen, als sie durch den unbegründeten Widerspruch des Imploraten erwachsen sind.

Sobald das Urtheil rechtskräftig ist, ist nach dessen Inhalt zu verfahren, also Termin zur Eidesleistung, oder zur Zeugenverneh-

---

[3]) Für Hessen vgl. §. 72 Note 1.

[4]) Es müßte denn sein, daß der Implorat den Imploranten zur Versäumung ꝛc. verleitet gehabt hätte. Hier erscheint die Verurtheilung des Imploraten in alle Kosten gerechtfertigt. Vgl. E. Hofgerichts G. v. 22. Aug. 1862 in S. Claus ca. Döll, §. 66 Note 5.

Digitized by Google

nung u. s. w. anzusetzen und dann nach stattgehabter Ableistung des Eides das neue Vorbringen zuzulassen. Die weiteren Verhandlungen ergeben sich aus der Natur des concreten Falls. Zu bemerken ist nur, daß, wenn die Restitution auf die Zulassung neuer Beweismittel abzielt, nach stattgehabter Zulässung und Production das betr. Beweisresultat mit dem Resultate der etwaigen früheren Beweisführung zusammen in Erwägung zu ziehen und danach das Urtheil zu fällen ist.

Handelt es sich um Rücknahme eines positiven Vorbringens auf Grund eines entschuldbaren Irrthums (Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses), so ließe sich fragen, ob Restitution schon dann ertheilt werden könne, wenn der Restitutionseid abgeschworen (also der subjective Irrthum constatirt) ist, oder ob neben diesem Eide noch die Unwahrheit des Zugestandenen erwiesen werden müsse? Von besonderem praktischen Interesse ist freilich die Frage nicht, da Implorant unter allen Umständen die Unwahrheit des Zugestandenen und beziehungsweise die Wahrheit des nunmehr als richtig Behaupteten wenigstens schließlich beweisen muß, und es ziemlich gleichgültig ist, ob man die Restitution zuerst ertheilt und dann den Beweis der Unwahrheit fordert, oder aber diesen letzteren als Vorbedingung der Restitution ansieht. Principiell scheint indessen nur das Letztere das Richtige zu sein, weil ohne den Nachweis der Unwahrheit des Zugestandenen eine Läsion schlechthin nicht existirt [5]).

§. 78.

IV. Rechtsmittel und einfache Beschwerden.

Ist auf contradiktorische Verhandlungen erkannt worden, so finden die gewöhnlichen Rechtsmittel und selbst wieder Restitution

5) Man könnte geltend machen, auch die Restitution wegen neuer Einreden und Beweismittel werde ertheilt, ehe die Einrede erwiesen, die Beweismittel producirt sind, allein die Unterlassung der Vorschützung einer Einrede oder der Namhaftmachung eines Beweismittels involvirt schon an sich eine Art der Verletzung, während bei einem positiven thatsächlichen Vorbringen eine solche Verletzung im Rechtssinn nur dann denkbar ist, wenn es objectiv unwahr ist. Vgl. auch Beleg 20 u. 21.

Digitized by Google

unter der Voraussetzung statt, daß der Restitutionsprozeß selbst die Bedingungen einer Restitution biete. Ist dagegen Verfügung ohne contradictorische Verhandlung ergangen, so ist nur einfache Beschwerde zulässig. Dieser letztere Grundsatz findet auch dann Anwendung, wenn das Restitutionsgesuch auf neue Thatumstände oder Beweismittel gestützt ist [1].

V. Aufhebung der Restitution.

§. 79.

1. Verjährung.

Die Verjährung der Restitution ist nach römischem Recht keine Anwendung der Klagverjährung, sondern sie hat die Natur einer

---

1) Man hat mit Unrecht behauptet, daß die ordentlichen Rechtsmittel Platz griffen, sofern das auf neue Thatsachen oder Beweismittel gestützte Rechtsmittel der Restitution vom Richter ohne Anhörung des Gegners als unbegründet abgeschlagen werde; vgl. Gensler im Arch. für civ. Praxis Bd. IV. S. 3 ff. S. 127. In Hessen ist dieß durch förmliches Präjudiz des O.A.Gs. Nr. 74 festgestellt. Dieses Präjudiz ist auch in dem Falle angewendet worden, wo das Remedium rest. beim O.A.G. gegen ein von diesem selbsterlassenes Urtheil angebracht und sofort verworfen worden war, vgl. E. O.A.Gs. in S. Isenburg-Birstein ca. Gemeinde Sprendlingen, Holzberechtigungen betr. 1847; dagegen ist dessen analoge Ausdehnung verneint worden in dem Falle, wo durch ein Decret eine Restitution ohne Weiteres ertheilt worden war; vgl. E. O.A.Gs. in S. Maria Gilbert nun Ehefrau Gars in Münzenberg ca. We. Albus modo Ehefrau Walther 1847. — Nach einem vom O.A.G. am 15. Febr. 1843 in S. Sator ca. Handwerk gefaßten Plenarbeschluß findet gegen ein Erkenntniß des O.A.Gs., wodurch über ein bei demselben in erster Instanz angebrachtes Remedium restitutionis entschieden wird, das Rechtsmittel der Revision nicht statt. — Nach einem Erkenntniß O.A.Gs. in S. Samuel Simon von Gedern ca. Jacob Heß das. v. 22. Oct. 1850 sind gegen Erkenntnisse, welche über die Statthaftigkeit des Remed. rest. definitiv entscheiden, selbstständige Rechtsmittel statthaft. Vgl. Notizenbuch Hof-Gs. in D. Nr. 414 zu Art. 1. pos. VIII., auch S. 68.

Prozeßfrist. Savigny Syst. Bd. VII. S. 242. Daher ist dieselbe von Amtswegen zu berücksichtigen [1]).

Die Dauer derselben anlangend, so war das Erbitten der Restitution ursprünglich an einen annus utilis geknüpft. Justinian schrieb aber ein quadriennium continuum als allgemeine Verjährungsfrist vor [2]), welche heutzutage namentlich auch auf die s. g. Restitution wegen neuer Thatsachen und Beweise anzuwenden ist [3]).

Der Anfang dieser Frist ist nach allgemeinen Grundsätzen von dem Augenblick zu berechnen, wo der außerordentliche Zustand, auf welchen sich das Restitutionsgesuch stützt, aufhörte [4]). Handelt es sich also

I. um Restitution wegen Unterlassungen, und stützt sich dieselbe auf ein entschuldigendes Hinderniß, so beginnt das

---

[1]) Vgl. Schäffer in der Zeitsch. f. Civ.-Recht u. Proz. N. F. Bd. 9. S. 103. „Versagung der Restitution ob minorem aetatem wegen Ablaufs des Quad." u. Rel. O.A.Gs. Zielch ca. Babenhausen 1840 (Bel. 1).

[2]) Nach römischem Recht, vgl. l. 7. pr. C. de temp. (2. 53), sollte in dieser Zeit das Restitutionsgesuch nicht nur angebracht, sondern der ganze Restitutionsprozeß erledigt sein. Diese Bestimmung ist heutzutage unpraktisch. Vgl. Savigny l. c. S. 254. Bickell l. c. S. 186. Note 3, für das can. R. vgl. Clem. un de i. i. rest. (1. 11).

[3]) Anerkannt in P. O. Thl. II. Tit. 12. §. 9, wo allgemein vom „Remedium" rest. gesprochen wird. Die hess. Rechtsprechung ist insofern auch nicht zweifelhaft.

[4]) Dieser schon in der Natur der Sache liegende und in den Gesetzen ausdrücklich anerkannte Satz wurde früher vielfach verkannt. Manche wollten den Moment der Läsion, andere das Bewußtsein von derselben als maßgebend annehmen. Die erstere Ansicht widerstreitet nicht allein den Gesetzen, sondern auch, wenigstens in dieser Allgemeinheit, der Billigkeit, weil sie unberücksichtigt läßt, daß der Restitutionsgrund noch lange und sogar über vier Jahre nach der Läsion dauern kann, die zweite Ansicht aber beruht auf einer falschen Auffassung der experiundi potestas, beziehungsweise des tempus utile und ist auch praktisch wenig empfehlenswerth. Nach erlangter Kenntniß lediglich zum Erbitten der Restitution eine Frist von vier Jahren zu gewähren, dieß ist ein Satz, welcher doch über die aequitas hinausgeht. Nach den Ausführungen von Savigny l. c. S. 242 ff. sollte aller Streit verstummen.

Digitized by Google

Quadriennium mit dem Wegfall des äußeren oder inneren Hindernisses (also bei der Nichtkenntniß resp. dem error mit dem Augenblick der Kenntniß der nova resp. des wahren Sachverhalts). Stützt sich aber das betr. Gesuch auf ein Versehen des Vertreters, so ist bei Minderjährigen der Augenblick maßgebend, wo die gesetzliche Nothwendigkeit der Vertretung durch den Vormund aufhört, also der Tag der erlangten Volljährigkeit. Auf moralische Personen, welchen die jura minorum verliehen sind, läßt dieser Satz keine Anwendung zu. Ihnen läuft das Q. von dem Augenblick der Läsion [5]) [6]).

---

[5]) Bei solchen Personen hört die Nothwendigkeit der Vertretung nie auf, die causa restitutionis ist perpetua, daher muß hier ein besonderer Anfangspunkt gesucht werden. Dieser ist nach der Natur der Sache und nach Gesetz in dem Eintritt der Läsion zu finden. Man hat behaupten wollen, schon das römische, jedenfalls aber das canonische Recht habe Kenntniß der Läsion erfordert, und hieran hat sich dann wieder die Streitfrage geknüpft, ob die Kenntniß des Vorstandes der betr. juristischen Person für die Wissenschaft der Person selbst zu halten und folgeweise das Q. von dieser Wissenschaft an zu berechnen, oder ob erst dann die Wissenschaft anzunehmen sei, wenn die neu ernannten Vertreter die durch den früheren Vorstand veranlaßte Läsion erfuhren. Jene Behauptung ist aber vollständig widerlegt von Savigny l. c. S. 248 ꝛc., und die an die irrige Ansicht geknüpfte Streitfrage müßte unter allen Umständen dahin beantwortet werden, daß auf den Wechsel der Administratoren, die ja bekanntlich selbst dann um Restitution nachsuchen können, wenn die Verletzung auf ihre eigene Schuld zurückfällt, Nichts ankomme. Bei der gegentheiligen Ansicht würde sich bei jedem Wechsel des Vorstandes die Möglichkeit für ein neues Quadriennium eröffnen, der juristischen Person würde in Wahrheit das Q. gar nicht ablaufen und sie würde dadurch ein Privileg erhalten, welches das der Minderjährigen weit hinter sich zurückließe.

[6]) Die Hess. P. O. bestimmt, „daß das Remedium rest. (außer wenn es ob commissum dolum zur Hand genommen wird, als in welchem Falle es innerhalb zwei Jahren sub poena praeclusi einzuführen ist) binnen vier Jahren von Zeit der ausgesprochnen Urtel oder, wofern die Sache minores beträfe, von Zeit der Majorennität an zu rechnen, eingeführt werden soll." Vgl. Thl. II. Tit. 12. §. 9.

Digitized by Google

Bei der Restitution gegen Versehen der freiwilligen Vertreter wird der Moment als maßgebend anzusehen sein, wo die Parthie

---

Danach ist

1) der Anfangspunkt des D. bei der Restitution wegen Minderjährigkeit, übereinstimmend mit der richtigen Auffassung des gemeinen Rechts, ausdrücklich auf die Erreichung der Volljährigkeit gestellt;
2) die gemeinrechtliche Streitfrage, ob auch für die Restitution wegen Betrugs das D., oder aber nur eine zweijährige Frist bestehe, im letzteren Sinne entschieden;
3) als Anfangspunkt des D. bei allen gegen Urtheil gerichteten Restitutionen (die Restitution wegen Minderjährigkeit ausgenommen) der Tag der eröffneten Sentenz bezeichnet.

Sieht man bei dieser letzteren Richtung der ausgehobenen gesetzlichen Vorschrift lediglich auf diese Vorschrift selbst, ohne vorerst der Rechtsprechung zu gedenken, so gelangen wir zu folgenden Sätzen:

a) die fragliche Bestimmung leidet nur auf solche Restitutionsgesuche Anwendung, wo ein Urtheil erlassen ist und die Restitution die Beseitigung oder Aenderung dieses Urtheils bezweckt, sie hat also keine Anwendbarkeit, wenn überhaupt ein Urtheil noch nicht vorliegt, oder zwar ein solches erlassen ist, die Restitution aber nicht bezweckt, das Urtheil anzugreifen. In diesen Fällen behält es also lediglich bei dem gemeinen Recht sein Bewenden;
b) die Bestimmung schließt mittelbar jede Restitution als unzulässig aus, wenn der Restitutionsgrund schon vor dem Urtheilserlaß weggefallen war und also die Restitution schon vor dem Erlaß hätte erbeten werden können — m. a. W. wo der Anfangspunkt des D. vor den Urtheilserlaß fallen würde;
c) dieselbe setzt den Urtheilserlaß für alle Restitutionen (immer die wegen Minderjährigkeit ausgenommen) als Anfangspunkt des D. fest und trifft hier zwar mit der richtigen Auffassung des gemeinen Rechts bezüglich der Kirchen und der sonst den Minderjährigen Gleichgestellten zusammen, sie ändert aber das gemeine Recht insofern, als sie bei den Restitutionen wegen Zwangs, Betrugs, Irrthums, Abwesenheit einschließlich der generalis clausula, Versehen der Vertreter nur den Eintritt der Läsion als maßgebend annimmt,

Digitized by Google

nach Lage der Verhältnisse in die Möglichkeit kommt, sich Kenntniß von der Läsion zu verschaffen. Diese Möglichkeit wird bei regel-

---

ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob der abnorme Zustand zu jener Zeit schon weggefallen war, oder noch fortdauerte.

Die Rechtsprechung des O.A.Gs. ist nun aber in einer eigenthümlichen Weise von den erörterten Grundsätzen abgewichen. Sie hat zwar den Satz, daß bei der Restitution wegen Minderjährigkeit das O. von der erlangten Volljährigkeit an zu rechnen sei, durch förmliches Präjudiz sanctionirt (Nr. 167), und es finden sich auch Entscheidungen, wonach bei dem Rechtsmittel der Restitution das O. von dem Urtheilserlaß gerechnet worden ist, (vgl. die Relation in S. Gemeinde Ober- u. Unterflorstadt ca. Baumeister und Ganerben des Schlosses und Gerichts Staden zum E. v. 15. März 1813, in revisorio bestätigt am 6. März 1816, sowie die Relation in S. Joh. Reiß zu Biblis ca. die v. Sturmfeder'sche Gefällverwaltung zu Ladenburg, 1837) allein allmählich scheint die Rechtsprechung die Vorschrift der P. O. insoweit außer Kraft gesetzt zu haben, und zwar sowohl bei den Restitutionen des römischen Rechtes, als auch bei der s. g. deutsch-rechtlichen Restitution. Daß bei Kirchen und den sonst den Minderjährigen Gleichgestellten immer Kenntniß der Läsion erfordert werde, ist durch förmliches Präjudiz (Nr. 150) ausgesprochen, und daß auch bei der Restitution wegen früher nicht gekannter Thatsachen, Zeugen und Urkunden oder wegen nicht herbeizuschaffender Zeugen und Urkunden das O. nicht von dem Urtheilserlaß, sondern von dem Moment des Wegfalls der ignorantia und der Unmöglichkeit der Herbeischaffung gerechnet worden ist, erhellt aus den Relationen zu den Rechtssachen: Kurf. Hess. Rentkammer zu Hanau, jetzt Staatsschatz zu Kassel ca. Gemeinde Bingenheim 1844. 1845; v. Wetzel ca. Einwohner v. Melbach 1844. 45; Müller ca. Spachbrücken 1856 (Belege 64. 63. 61).

Ich habe mich von der Berechtigung dieser Rechtsprechung nicht überzeugen können.

Dieselbe geht zunächst gegen ein positives unzweideutiges Gesetz, sie hat aber sodann an die Stelle einer an sich zweckmäßigen Rechtsregel eine innerlich weniger berechtigte gesetzt. Eine Gesetzgebung, welche davon ausgeht, daß nach Ablauf von vier Jahren ein Urtheil auch im Restitutionswege nicht mehr (außer ob minorem aetatem) solle angefochten werden können, verdient keinen Tadel. Die Parthie mag diese Zeit sorgfältigst benutzen, um etwaige Läsionen in jeder thunlichen Art zu heben. Die Gestattung einer vierjährigen Frist vom Tage der Kenntniß der Läsion blos um das Re-

Digitized by Google

mäßigen Verhältnissen stets schon unmittelbar nach Läsion vorhanden sein, weil es Pflicht der Parthie ist, sich um den Prozeß zu kümmern und den Vertreter zu controliren. Besondere (näher zu begründende) Verhältnisse können indessen eine Ausnahme rechtfertigen. Unter allen Umständen wird der Anfang des O. nicht über die Zeit geschoben werden können, wo die Parthie die Führung des

---

stitutionsgesuch anzubringen, überschreitet dagegen nicht nur die Gränzen der dem Imploranten schuldigen Billigkeit, sondern sie wird auch für den Gegner zu einer, in keiner Weise zu entschuldigenden Härte. — In den mir zu Gebot gestandnen Relationen habe ich eine eigentliche Begründung dieser Rechtsprechung gegenüber dem Buchstaben des Gesetzes nicht finden können, und scheint dieselbe mit darauf zu beruhen, daß man frühere Entscheidungen, in welchen es sich aber nicht um Restitution gegen Urtheil handelte und in welchen folgeweise die obige Bestimmung der P. O. überhaupt nicht Platz greifen konnte, auf die Restitution gegen Urtheil übertragen hat. Vgl. Wallenstein ca. Görz, Hessen-Philippsthal ca. Solms, Schmittburg ca. Mauchenheim (Belege 66. 67. 7). Ueber die oben Note 5 berührte Streitfrage, ob bei Berechnung des O. bei Kirchen und den sonst den Minderjährigen Gleichgestellten der Wechsel der Administratoren von Einfluß sei, liegen mehrfache Entscheidungen vor. Die Frage ist aus guten Gründen vom O.A.G. verneint in S. Freistift Wallenstein zu Homberg in Kurhessen ca. Grafen von Schlitz gen. Görtz, Forderung jetzt Actenauslieferung betr. in revisorio am 28. Juni 1827, (Beleg 66). Dagegen wurde in S. Gemeinde Stammheim, Ober- und Unterstorstadt ca. die gräflichen u. adligen Baumeister des Schlosses u. Gerichts Staden, Frohndrecht betr. (Beschl. v. 1. Novbr. 1831) und in S. Gemeinde Michelnau ca. Müller Landmann zu Oberschmitten, Entschädigung wegen aufgehobenen Mühlbanns betr. (Beschl. v. 14. Januar 1834) angenommen, daß die Negligenz der jeweiligen Repräsentanten moralischer Personen diesen letzteren niemals schaden könne und daher das O. erst mit dem Moment zu laufen beginne, wo die neuernannten Repräsentanten Kenntniß der Verletzung resp. der Versäumung der Vorgänger im Amt erhalten. Diese Beschlüsse erfolgten indessen ohne Erstattung schriftlicher Relationen auf außergerichtliche Beschwerde, und in der S. Zielch ca. Babenhausen (1840) findet man wieder die richtigere Ansicht überzeugend ausgeführt. Diese letztere Sache ist um so gewichtiger, als in der betr. Relation auch die ebenerwähnten gegentheiligen Rechtssachen besprochen sind, (Beleg 1).

Digitized by Google

Prozesses in Selbstperson übernimmt oder durch einen anderen Vertreter übernehmen läßt.

II. Handelt es sich um Restitution gegen positive Handlungen, so beginnt die Verjährung
1) beim Zwang mit dem Augenblick der Freiheit,
2) beim Irrthum und Betrug mit dem Augenblick der Kenntnißnahme des wahren Sachverhalts,
3) bei Verletzungen durch den Vertreter mit dem zu I erörterten Moment.

Die Anwendbarkeit des Quadrienniums in seiner bisherigen Darstellung auf Restitutionen gegen Urtheile wird durch zwei Rechtsvorschriften wesentlich beschränkt. Einmal durch die Grundsätze über die reichsgesetzliche Restitutionsbittfrist (§. 69 und 73) — wo nämlich der Restitutionsfall so geartet ist, daß diese Frist hätte beobachtet werden müssen, ist das Quadriennium unanwendbar —; und sodann durch die in §. 21 erörterten Principien. Nach diesen Principien ist eine Restitution gegen Urtheil unstatthaft, wenn der abnorme Zustand, welcher sonst zur Restitution führen könnte, vor dem Urtheil weggefallen ist (insofern nicht etwa neue Restitutionscausalien eintreten, woran hier nicht weiter die Rede ist) [7]). Dadurch ist aber die Anwendbarkeit des Q. ausgeschlossen, wo dessen (nach den gewöhnlichen Regeln zu bestimmender) Beginn vor den Urtheilserlaß fallen würde.

Eine Restitution gegen den Ablauf des Q. findet nicht statt. Ueber den Nachweis des eingehaltenen Q. vgl. §. 76 Nr. 4.

---

[7]) Man darf die Zulässigkeit der Restitution in derartigen Fällen nicht damit begründen wollen, daß man behauptet, durch jene Principien würde die Parthie in ihrer vierjährigen Frist beschränkt. Damit das Q. überhaupt in Lauf trete, ist ein zur Restitution geeigneter Fall erfordert; also bildet die Zulässigkeitsfrage die Vorfrage. Bei deren Bejahung ist der Lauf des Q. die Folge. Die Vorfrage muß also ganz unabhängig von den Principien über das Q. beantwortet werden. Daraus, daß das Gesetz zur Hebung einer Läsion im Restitutionsweg eine vierjährige Frist bewilligt, folgt nicht, daß Restitution auch stattfinden müsse, wenn der Lädirte die Läsion hätte vermeiden können.

Digitized by Google

§. 80.

2. Verzicht.

Der zur Restitution Berechtigte kann auf sein desfallsiges Recht verzichten und hierdurch die Möglichkeit der Restitution aufheben. Ein solcher Verzicht kann sowohl mit ausdrücklichen Worten, als durch concludente Handlungen erfolgen. Eine concludente Verzichtleistung liegt aber so wenig in dem Liegenlassen des Restitutionsprozesses [1]), als es einen Verzicht auf die Verfolgung der Restitution gegen ein Urtheil enthält, wenn der Lädirte das letztere hat vollstrecken lassen [2]). Einem Verzicht steht gleich die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung desjenigen Verhältnisses, bezüglich dessen die Restitution hätte erbeten werden können [3]), also z. B. des verletzenden Urtheils. Zur Giltigkeit eines solchen Verzichts oder einer solchen nachträglichen Genehmigung ist aber erfordert, daß der Zustand nicht mehr fortdauere, welcher den Restitutionsgrund abgegeben hat, und es ist daher ein Verzicht eines Minderjährigen unverbindlich, welcher während der Minderjährigkeit abgelegt ist [4]). Ebenso schließt die Genehmigung eines Urtheils die Restitution dann nicht aus, wenn dem Genehmigenden zur Zeit der Genehmigung der Irrthum, auf welchem die Restitution hätte gesucht werden können, noch nicht bekannt war.

§. 81.

3. Definitive Abweisung.

(Wiederholung resp. Erneuerung eines Restitutionsgesuchs.)

Daß der Implorant, nachdem er mit seinem Restitutionsgesuch rechtskräftig oder auch definitiv durch Dekret abgewiesen ist, dasselbe

---

[1]) l. 20. §. 1. D. 4. 4. (de min.) l. 21. eod.

[2]) Vgl. aber auch die Rel. O.A.Gs. in D. in S. Gürtler ca. Breidenbach, Beleg 24.

[3]) l. 3. §. 1. D. 4. 4. (de min.) l. 1. 2. C. 2. 46.

[4]) Eine solche Entsagung eines Minderjährigen erlangt auch dann keine Wirksamkeit, wenn sie mit Handtreue an Eidesstatt oder außergerichtlichem Eid bekräftigt ist; vgl. O.A.G.-Präj. 49.

Digitized by Google

Gesuch mit Erfolg nicht nochmals geltend machen könne und daß, wenn es versucht würde, die Abweisung sogar von Amtswegen zu erfolgen hätte, versteht sich schon nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere denjenigen über die res judicata von selbst. Es fragt sich aber, ob bei Wiederholungen oder Erneuerungen von Restitutionsgesuchen nicht noch strengere, über die gewöhnlichen Grundsätze hinausreichende Beschränkungen anzunehmen seien? Man hat dieß vielfach behauptet, aber augenscheinlich mit Unrecht. Solche Beschränkungen könnten nur dann angenommen werden, wenn sie gesetzlich ausdrücklich ausgesprochen wären. Dies ist aber nicht der Fall. Denn wenn das römische [1]) und nach ihm ebenso das canonische Recht [2]) die Wiederholung eines Restitutionsgesuchs zwar im Allgemeinen untersagen, jedoch ausdrücklich hinzufügen, daß die Wiederholung gestattet sei, wenn novae defensiones vorgebracht würden, so kann hierin nur der Satz ausgesprochen sein, daß zwar ein rechtlich identisches Gesuch nicht wiederholt werden dürfe, daß eine Erneuerung aber dann zulässig sei, wenn neben oder statt des früher Vorgetragenen erhebliche neue rechtliche oder thatsächliche Momente vorgetragen würden. Aus diesem Grunde muß es daher auch bei Restitutionsgesuchen lediglich bei den allgemeinen Grundsätzen verbleiben und es steht daher der Erneuerung eines Restitutionsgesuchs namentlich dann Nichts entgegen, wenn in dem neuen Gesuche entweder eine ganz andere causa restitutionis, sei es auch zur Heilung der in dem früheren Gesuche bezeichneten Läsion, geltend gemacht, oder wenn zwar auf die frühere causa rest. hin, aber bezüglich einer anderen, als im früheren Gesuche bezeichneten Läsion Restitution nachgesucht wird [3]).

---

[1]) l. 1. 2. 3. Cod. si saepius (2. 44).

[2]) cap. 10. X. 1. 41.

[3]) Gensler im Arch. f. c. Pr. Bd. 4 §. 3 sagt, es müsse stets ein neuer Restitutionsgrund geltend gemacht werden, diese Ansicht ist zu eng. In Anwendung des obigen Satzes muß die Erneuerung eines Restitutionsgesuchs z. B. in dem Falle gestattet werden, wenn das frühere Gesuch neue Beweismittel zu dem Zwecke geltend machte, um eine im Gesuch ausdrücklich als directer Gegenbeweis bezeichnete Thatsache zu erweisen, während das neue Ge-

Digitized by Google

Viertes Hauptstück

Wirkungen.

§. 82.

I. Welche Wirkung äußert die Einreichung des Restitutionsgesuchs auf den Hauptprozeß?

Das römische Recht stellt allgemein und ausnahmslos den Grundsatz auf, daß wenn um Restitution gebeten worden ist, Alles so lange in seinem bisherigen Zustand bleiben müsse, bis die Entscheidung über das Gesuch gefällt sei.

c. un. C. in integr. rest. postulata ne quid novi fiat (2. 50) [1]).

---

such dieselbe Thatsache zu dem Zwecke geltend macht, um mit derselben die Einlassung auf Klage zu ändern, beziehungsweise zu vervollständigen. Obgleich nämlich hier dieselben thatsächlichen Momente in beiden Gesuchen zur Sprache kommen, so ist doch das zweite von dem ersten rechtlich ganz verschieden, indem es eine andere Läsion, als das letztere, heilen will. Gleichwohl hat das O.A.G. ein solches erneuertes Restitutionsgesuch abgewiesen. Müller ca. Gemeinde Spachbrücken 1856. Beleg 61, Richtige Entscheidungen vgl. in S. Wallenstein ca. Görtz (Beleg 66) und Gemeinde Lanzenheim ca. Riedesel (Beleg 26). Vgl. auch Seuffert Arch. Bd. XIV. Nr. 83.

[1]) Die c. un. C. cit. spricht nach Inhalt und Ueberschrift des Titels unzweideutig einen allgemeinen Grundsatz aus und es ist deßhalb gewiß ungegründet, wenn Manche nur bei Restitutionen propter minorem aetatem s. absentiam den Suspensiveffect zulassen, bei anderen Restitutionen aber es dem richterlichen Ermessen nach Maßgabe der vorgebrachten Beweise anheimgeben wollen, inwiefern die Execution des Urtheils auszusetzen sei. Die für diese Ansicht allegirten Stellen c. 2 C. ad legem Corneliam de falsis (9. 22) u. c. 4 C. si ex falsis instrum. (7. 58) sprechen beide von der Wirkung einer wegen Fälschung von Urkunden erhobenen Criminalklage auf den rechtskräftig entschiedenen Civilprozeß. Die erste Stelle sagt, daß durch die Anstellung einer solchen Klage die Execution im Civilprozeß nicht gehemmt werde, und auch die zweite sagt

Digitized by Google

c. 32. C. de transact. (2. 4).

Das canonische Recht behält diese Regel bei, statuirt aber dann eine Ausnahme von derselben, wenn der Richter vermuthen kann, daß das Restitutionsgesuch nur einen Verschleif der Sache bezwecke. In diesem Falle soll der Richter, nach vorausgegangener Sicherheitsleistung des Imploranten, ungeachtet des Restitutionsgesuchs in der Sache resp. mit der Execution fortfahren dürfen.

c. 6 X. de in int. rest. (1. 41).

Das Reichsrecht hebt diese vom can. Recht statuirte Ausnahme nachdrücklichst hervor, indem es bestimmt, daß durch calumniöse und augenscheinlich unbegründete Restitutionsgesuche die Execution nicht gehindert werden solle.

K. G. O. v. 1555, Thl. III. Tit. 52 [2]).

Die Entscheidung der Frage, ob das Restitutionsgesuch zum Verschleif der Sache angebracht sei, ist Sache des richterlichen Ermessens. Sollte durch die Execution dem Imploraten ein unersetzlicher Schaden entstehen, so wird eben, weil dem richterlichen Ermessen bei Ertheilung des Suspensiveffects ein weiter Spielraum gegeben ist und dasselbe alle Verhältnisse zugleich erwägen muß, die Execution nur dann durchzuführen sein, wenn die Frivolität des Restitutionsgesuchs gar nicht zweifelhaft sein kann.

Die eben erwähnte Wirkung der Einreichung des Restitutionsgesuchs (Suspensiveffect) hat übrigens nicht den Sinn, daß unter

---

nur, daß wenn durch Erschöpfung der Criminalklage resp. die in derselben producirten Beweise die Verfälschung constatirt sei, die übervortheilte Parthie auf dieses im Criminalproceß gewonnene Resultat auch im Civilprozeß Einhalt der Vollstreckung des Erkenntnisses oder Rückersatz des etwa schon Gezahlten erlangen könne, sie bestätigt also mittelbar sogar den oben aufgestellten Grundsatz der c. un. cit.

[2]) — „sollen Kammerrichter und Beisitzer ein fleißiges Einsehen haben und wo sie befunden, daß die Restitution calumniose oder gefährlicher Weise oder aus Ursachen so vormals in Gerichthändeln angezogen und debucirt worden wären oder sonst aus neuen unrechtmäßigen und unerheblichen Ursachen begehrt, solcher gebetner Restitution unangesehen, in der Execution vermög der Rechten fürfahren."

Digitized by Google

allen Umständen der ganze Hauptprozeß sistirt werden müsse, sondern es werden die betreffenden gerichtlichen Verfügungen und Urtheile nur insoweit nicht vollstreckt, als sie angegriffen sind. Im Uebrigen geht der Hauptprozeß fort, sofern nicht etwa Gründe der Zweckmäßigkeit die vorerstige Sistirung rathsam erscheinen lassen[3])[4])[5]).

---

[3]) Wird eine ins erste Verfahren gehörige Einrede, Replik u. s. w. erst im Beweisverfahren über den Klaggrund beigebracht, so kann je nach der besonderen Beschaffenheit des Falls das Beweisverfahren über den Klaggrund neben der Verhandlung über die neue Einrede entweder fortlaufen, oder jenes Beweisverfahren einstweilen bis dahin, wo über die erhebliche, thatsächlich bestrittene Einrede u. s. w. ebenfalls das Beweisverfahren eingeleitet wird, sistirt werden. Es hängt die Wahl der einen oder anderen Procedur von dem durch die Regeln der Zweckmäßigkeit geleiteten richterlichen arbitrium ab. Anerkannt vom O.A.Gsref. in S. Müller ca. Spachbrücken. Rel. v. 1855.

[4]) **Hessisches Recht.**

a) Älteres.

Die PO. v. 1724 bestimmte bezüglich des Remedii rest., „daß selbiges, es sei denn innerhalb 4 Wochen, a die publicatae sententiae aut adeptae scientia zu rechnen, zur Hand genommen und der libellus wirklich übergeben, die Execution keineswegs suspendiren, sondern deßungeachtet, nach Maßgab der Rechte damit fortgefahren werden solle."

Vgl. Thl. I. Tit. 7. §. 6.

Die VO. v. 12. April 1806 dagegen änderte diese Bestimmung dahin ab, daß das Rechtsmittel der Restitution allzeit Suspensiveffect haben solle, „wenn bei Einführung und Fortsetzung desselben die gesetzlichen Appellationsfatalien gehörig beobachtet worden seien." §. 1. „Nach eingetretener Versäumniß dieser Fatalien solle jedoch auch der eff. susp. immer noch stattfinden, insofern die Rest. vor der gänzlichen Vollstreckung eingewandt und gehörig fortgesetzt werde, dergestalt, daß der Zustand der Sache so bleiben solle, wie er sich zur Zeit der Einwendung des Rechtsmittels befinde, die Vollstreckung möge bereits ihren Anfang genommen haben oder nicht." §. 2.

Bezüglich des s. g. Beneficii rest. enthielten die hess. Gesetze keine Vorschrift und es wurden daher in Ansehung desselben die Grundsätze des gem. Rechtes angewendet. Vgl. Hofgs-Präj. 60 und die darunter alleg. O.A.Gs-Entscheidung.

Digitized by Google

§. 83.

II. Welchen Effect äußert die Ertheilung der Restitution? (Inhalt der Restitutionsertheilung).

Der Effect der ertheilten Restitution besteht darin, daß die lädirte Parthie vermöge einer Fiction in den früheren Zustand, in

---

b) Neueres.

Das Ges. vom 20. August 1848 enthält in Art. 15 unter der Ueberschrift „Restitution nach eingetretener Rechtskraft" folgende Bestimmung:

„Die Rechtswohlthat und das Rechtsmittel der Restitution hemmen die Vollstreckung eines rechtskräftigen Erkenntnisses erst nachdem die Wohlthat ertheilt oder in Folge des Rechtsm. d. R. die neuaufgefundenen Thatumstände oder Beweismittel zugelassen worden sind. Der die Restitution Begehrende kann jedoch, insofern er eine Arrestanlage rechtlich zu begründen vermag, von seinem die Vollstreckung des Urtheils betreibenden Gegner Sicherheit wegen eventueller Herausgabe des Streitgegenstandes verlangen."

Hierdurch wird das ältere Recht wesentlich geändert, indem

a) der Suspensiveffect von der Ertheilung der Restitution (darunter ist nicht „rechtskräftige" Ertheilung zu verstehen, vgl. O.A.Gs-Rescript v. 24. Oct. 1860 in S. Nic. Becker ca. A. B. Meier Wtw., Beleg 69), abhängig gemacht und hierdurch calumniöse und grundlose Restitutionsgesuche fast nie jenen Effect erlangen werden;

b) die Verpflichtung des die Execution Betreibenden zur Cautionsleistung an die Bedingungen einer Arrestanlage geknüpft sind, wodurch einem chikanösen Cautionsansinnen wesentlich gesteuert ist; — Abänderungen, welche sich bei der ohnehin nur allzuungünstigen Stellung des Klägers im gemeinen und hessischen Prozesse als in jeder Hinsicht empfehlenswerth darstellen.

Dagegen bleibt es

c) insofern bei dem früheren Rechtszustand, als, wenn das Restitutionsgesuch vor eingetretener Rechtskraft eingereicht ist, die Vollstreckung nicht eintreten kann.

[3]) Daß die Verfolgung der Restitution gegen ein Urtheil zugleich eine Anerkennung dieses Urtheils enthalte und also die Unzulässigkeit der Verfolgung eines ordentlichen Rechtsmittels (Rechtskraft) bewirke, läßt sich nicht allgemein behaupten. Darin, daß eine Parthie eine durch sie selbst veranlaßte Verletzung beseitigen will, liegt weder

Digitized by Google

welchem die Läsion noch nicht eingetreten war und also noch hätte vermieden werden können, wiedereingesetzt wird. Diese Wiedereinsetzung besteht aber

A. bei Unterlassungen

einfach darin, daß die Parthie, unter Rescission der dem nachträglichen Einbringen entgegenstehenden gesetzlichen Vorschrift oder richterlichen Verfügung, mit dem unterlassenen Vorbringen noch nachträglich gehört wird. Handelt es sich hierbei

1) um eine einfache Fristversäumung, so ist mit der Zulassung der Handlung an sich das ganze Restitutionsgeschäft beendigt, es wird dann weiter gerade so verfahren, als wenn die betr. Frist nicht abgelaufen, beziehungsweise die Handlung rechtzeitig vorgenommen worden wäre. Die Erklärungsschrift, Appellationsanzeige, Beweisantretung ꝛc. wird noch zugelassen [1]).

---

die Anerkennung, daß bei Erlaß des Urtheils nicht auch der Richter gefehlt haben könnte, noch ein Verzicht auf die Geltendmachung eines solchen Fehlers des Richters. Man wird deßhalb die Unzulässigkeit ordentlicher Rechtsmittel nur dann annehmen, wenn ein wahrer (ausdrücklicher oder durch concludente Handlungen ausgesprochener) Verzicht auf dieselben vorliegt. Das O.A.G. in Kassel nimmt den stillschweigenden Verzicht als Regel bei der Appellation an, läßt aber auch hier die letztere zu, wenn der Schluß auf Verzicht sich als ungerechtfertigt darstellt. Bickell l. c. S. 207.

[1]) Nach hessischem Prozeßrecht läuft nach intra decendium interponirter Appellation eine vom Ablauf des decendiums zu rechnende 4wöchige Frist, welche nur einmal auf vier Wochen, vom Ablauf der früheren gerechnet, erstreckt werden kann. Versäumt eine Parthie die Rechtfertigungsfrist ohne um eine Verlängerung nachgesucht zu haben, und wird sie dann in den v. St. Rechtens wieder eingesetzt, so kann sie, da sie in die frühere Lage wieder eingesetzt ist, nach Ablauf der ihr laufenden vierwöchigen Frist nochmals eine Fristerstreckung erlangen (natürlich unter der Voraussetzung, daß sie bei dem Restitutionsgesuch dargethan hatte, daß sie die Rechtfertigung noch nicht vornehmen konnte, dieß auch im Fristgesuch bescheinigt). Anders ist es, wenn die Parthie die zweite Rechtfertigungsfrist versäumt hatte. Vgl. Rel. Hof-Gs. in D. in S. Mannheimer ca. Mahla 1851. Notizenb. Hof-Gs. in D. Nr. 233.

Digitized by Google

Ganz gleich ist es, wenn es sich

2) um Rest. gegen ein reines Contumacialerkenntniß handelt und die Restitution Beseitigung der contumacia bezweckt, denn auch hier wird, nachdem das Urtheil außer Kraft gesetzt ist, gerade so verhandelt, als wenn die versäumte Handlung rechtzeitig übergeben worden wäre;

3) etwas complicirter aber ist die Sache, wenn nach der Unterlassung ein auf das Materielle der Sache eingehendes Erkenntniß ergangen ist und die Einbringung des neuen Materials mit dem Urtheil unverträglich ist, wenn also z. B. Beweisinterlokut ergangen ist und nun noch eine Einrede, Replik ꝛc. eingebracht werden soll, oder wenn über geführten Beweis erkannt ist und nun noch Beweismittel eingebracht werden sollen. Hier lassen sich zwei Wirkungen der Ertheilung der Rest. trennen, nämlich

a) daß die unterlassene Handlung trotz der abgelaufenen Frist und unter Beiseitsetzung des erlassenen Urtheils noch eingebracht werden darf, und

b) daß über das neue Einbringen verhandelt und je nach dem Resultat abändernd erkannt werden muß.

Die erste Wirkung ist nun aber keineswegs so zu verstehen, als ob das Urtheil seinem ganzen Inhalt nach und definitiv wegfalle, sondern dasselbe wird in der That nur in seiner Wirkung suspendirt und auch dieses nur insoweit, als die Natur des neuen Vorbringens mit der Vollziehung des Urtheils unverträglich ist.

Daraus folgt dann

aa) daß unter keinen Umständen über das Gesuch des Impetranten hinaus erkannt werden kann, sollten auch materielle Gründe dafür in den Acten liegen;

bb) daß das Urtheil insoweit, als es neben der Restitutionsbitte resp. dem neuen Einbringen bestehen kann, zum Vollzug gebracht werden muß;

cc) daß wenn sich bei Prüfung der Verhandlungen über das neue Einbringen ergibt, daß aus Rücksicht dieses

Digitized by Google

Einbringens eine Abänderung des Erkenntnisses nicht eintreten kann, lediglich auf das alte Urtheil recurrirt werden muß, sollte auch der Richter die Ueberzeugung gewinnen, daß nach Lage der früheren Verhandlungen ein dem Imploranten günstigeres Erkenntniß hätte ergehen müssen. Dieses hindert jedoch nicht, daß bei neuen Beweismitteln das Resultat derselben mit demjenigen der früher producirten zusammengenommen und darauf entschieden wird. Die Berücksichtigung der früheren Beweismittel ist selbst dann geboten, wenn sich die Parthie nicht hierauf beruft [2]).

B. Bei positiven Handlungen

besteht die W.E. wesentlich darin, daß, unter Rescission der betr. entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung oder richterlichen Verfügung, dem Imploranten gestattet wird, ein bestimmtes positives Vorbringen zurückzunehmen oder zu ändern resp. eintretenden Falls ein anderes an dessen Stelle zu setzen. Ist ein incompatibles Erkenntniß ergangen, so lassen sich auch hier die oben sub I erörterten zwei Wirkungen unterscheiden und gelten die dort erörterten Grundsätze auch hier mut. mut. [3]) [4]).

---

[2]) Vgl. C. Hof-Gs. in G. v. 25. Nov. 1834 und 4. Dec. 1835 in S. Peter v. Arnsheim ca. Joh. Prinz v. Wahlen.

[3]) Alle bisher erörterten Wirkungen der Restitutionsertheilung erstrecken sich nur auf den grade in Rede stehenden Prozeß und können daher selbst in einem ganz conneren und resp. im Causalverhältniß stehenden anderen Prozeß nicht ohne Weiteres geltend gemacht und resp. übertragen werden. Vgl. Rel. O.A.Gs. in S. Liechtenstein ca. Koch Wittwe 1860, Beleg 45.

[4]) Als eine besondere Wirkung der Restitution zum Zweck der Zurücknahme eines zugeschobenen acceptirten Eides, oder der Vernichtung der Wirkung eines ausgeschwornen Haupteides ist für Hessen hervorzuheben, daß nach Ertheilung der deßfallsigen Restitution zur Eideszuschiebung nicht mehr zurückgegriffen werden kann. Diese Wirkung tritt aber erst ein mit Zulassung der neuen, auf den Nachweis des Meineids gerichteten Beweismittel. Werden die Beweismittel nicht zugelassen, so kann die Parthie zum Eide wieder

Digitized by Google

§. 84.

III. Zwischen welchen Personen äußert die ertheilte Restitution Wirkung? [1]).

Die ertheilte Restitution wirkt nur zwischen denjenigen Personen, zwischen welchen sie verhandelt worden ist, und denjenigen ihrer Rechtsnachfolger, welche nach ertheilter Restitution in deren Rechtsverhältniß eingetreten sind; gegen Dritte, welche als Imploraten in dem Restitutionslibell nicht zugezogen und resp. nicht gehört worden sind, kann sie nie ohne Weiteres geltend gemacht werden. Es folgt dieser Satz aus dem bekannten Princip, daß jedes Prozeßverfahren — und ein solches ist zur Erledigung der Restitutionsfrage erforderlich — nur jus inter partes macht und dritte Personen unberührt läßt. Dieß muß als ausnahmslos richtig betrachtet werden [2]), und es muß daher ein Antrag, welcher bezwecken wollte, einer ertheilten Restitution kurzer Hand einem Dritten gegenüber Geltung zu verschaffen unter allen Umständen selbst dann abgewiesen werden, wenn der Dritte nach den in §. 59 erörterten Grundsätzen mit Erfolg als Verpflichteter hätte belangt werden können, resp. noch belangt werden kann. Vgl. Zimmer-

---

zurückgreifen. Wird der Meineidsbeweis nicht vollständig erbracht, so kann auch nicht auf einen nothwendigen Eid erkannt werden.

Diese Sätze leiden auch mut. mut. auf den nothwendigen Eid Anwendung §. 55. Bezüglich des Haupteides sind sie anerkannt vom O.A.G. in S. Isenburg-Büdingen ca. Gemeinde Haingründau, Stör. und Entziehung der Holz- und Weidegerechtigkeit im Büdinger Wald betr. E. v. 24. Sept. 1845; in S. Merle ca. Kunz 1825, Beleg 43; in S. Humbracht ca. Heimbrachts E. v. 1861; v. Hof-G. in G. in S. Döller ca. Spamer zu Schotten; Schröck von Birklar ca. Oppenheimer v. Langsdorf; Schnorbus ca. Gemeinde Bromskirchen. Vgl. auch Bopp P. O. S. 150.

[1]) Ueber die hiermit in unmittelbarem Zusammenhang stehende Frage: Gegen wen die Restitution verfolgt werden könne? vgl. oben §. 59.

[2]) Die Stellen, aus welchen man die von einzelnen Rechtslehrern aufgestellten Ausnahmen hat begründen wollen, beweisen diese nicht. — Für die proz. Rest. ist übrigens die Streitfrage nicht v. bes. Erheblichkeit, da hier überhaupt regelmäßig nur der Prozeßgegner der

Digitized by Google

mann im Arch. f. pract. Rechtswissenschaft. Bd. I. Heft 2. S. 89 insbes. S. 92 ꝛc. [3]).

Obiger Satz, daß die ertheilte Restitution nur zwischen dem Restitutionsimploranten und Imploraten wirke, gilt auch insofern, daß Niemanden eine einem Dritten ertheilte Restitution zu Gut kommen soll [4]). Dieß leidet nur dann eine Ausnahme, wenn das Interesse des Dritten dergestalt mit demjenigen des Imploranten verwachsen ist, daß sich eine dem Imploranten zu ertheilende Restitution neben dem Verbleiben des alten Zustandes in Ansehung des Dritten rechtlich nicht construiren und resp. durchführen ließe. Dieß ist aber immer der Fall, wo es sich um ein untheilbares Streitobject handelt. Hier muß die ertheilte Restitution dem Dritten eo ipso und ohne Verhandlung zu Gute kommen. Daß sie ihm auf ausdrücklichen, mit dem Imploranten gestellten Antrag gewährt werden müsse, ist selbstverständlich.

Verpflichtete sein kann, grade diesem gegenüber auch die Rest. nachgesucht und resp. ertheilt sein wird.

3) Vgl. für Hessen die in §. 59 Note 3 allegirte Relation des O.A.Gs. in D., Beleg 70.

4) Vgl. die Relation O.A.Gs. in S. Gürtler ca. Breidenbach, Bel. 24.

Digitized by Google

Beilage.

Das Remedium und Beneficium restitutionis der Rechtsprechung des Ober-Appellations-Gerichts in Darmstadt.

Digitized by Google

Digitized by Google

Das Remedium und Beneficium restitutionis der Rechtsprechung des Ober-Appellations-Gerichts in Darmstadt.

§. 1.

In dem §. 62 des Systems ist der Begriff des Rechtsmittels der Restitution dahin bestimmt, daß dasselbe in allen Fällen vorliege, beziehungsweise nothwendig sei, wo die Restitution den Zweck hat, nach erlassenem Urtheil einen Stoff einzubringen, welcher mit jenem Urtheil unverträglich ist, es sei denn, daß die Restitution lediglich die Beseitigung des dem Urtheil zu Grund liegenden Ungehorsams beabsichtige. Danach ist das Rechtsmittel der Restitution unter obiger Voraussetzung nicht nur dann vorhanden, wo gegen Unterlassungen, sondern auch, wo gegen positive Handlungen Restitution nachgesucht wird, und ist es in beiden Fällen gleichgiltig, auf welche causa restitutionis der Implorant das Gesuch stützt. Beispielsweise ist daher jenes Rechtsmittel in allen den Fällen begründet, wo neue, ins erste Verfahren gehörige Einreden, Repliken u. s. w. nach ergangenem ersten Erkenntniß (Beweisinterlokut), oder wo neue Beweismittel oder Beweiseinreden nach, über das Resultat der Beweisführung ergangenem Erkenntnisse eingebracht werden, gleichviel ob die causa restitutionis in die bis zum Erkenntniß angedauert habende Ignoranz (Auffinden nach dem Urtheil), oder in die Unmöglichkeit der Herbeischaffung des betr. Materials, oder in die Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts, oder in das Privileg eines Minor gesetzt wird. Diese Begriffsbestimmung basirt einfach auf der Erwägung, daß wenn es sich darum handle, zu bestimmen, wann die Restitution als Rechtsmittel erscheine, wesentlich nur der Gesichtspunkt entscheidend sein könne, ob die Restitu-

Digitized by Google

tion die Beseitigung eines Urtheils bezwecke, also die causa restitutionis insoweit ganz außer Acht gelassen werden müsse.

Hiermit stimmt aber nicht der Begriff, welchen das O.A.G. mit der Bezeichnung „Remedium restitutionis" verbindet. Dieses Colleg erkennt zwar an:

1) daß das Remedium rest. unter allen Umständen ein Urtheil voraussetze; sowie

2) daß selbst bei erlassenem Urtheile dann von dem Remedium nicht die Rede sein könne, wenn die Restitution gegen das fragliche Urtheil in Wahrheit gar nicht gerichtet ist, vielmehr das neue Material neben dem Urtheil bestehen kann [1]).

---

[1]) a) In der Sache Gemeinde Höchst gegen den Höchster Kloster- resp. Breuberger Kirchenfonds, Anschaffung v. Kirchenuhren betr., war dem klagenden Theil durch Urtheil Hofgerichts in D. v. 22. Septbr. 1842 Beweis auferlegt worden. Der Beweis wurde angetreten und dem bekl. Theil Frist zur Gegenbeweisantretung anberaumt. Ein Gegenbeweis wurde indessen nicht angetreten und es erging am 8. Juli 1847 Erkenntniß, wonach die klägerischen Beweismittel zugelassen wurden. Am 20. April 1854 (nachdem inzwischen ein anderes Erkenntniß nicht erfolgt war) trat der betr. Theil mit einem Restitutionsgesuch auf, benannte verschiedene neu aufgefundene Acten als Gegenbeweismittel. Die implorantische Gemeinde bestritt die Zulässigkeit des Restitutionsgesuchs; die Imploranten hätten das Beneficium rest. benutzt, nur mit dem Remedium hätten sie aber noch aufkommen können, weil ein Urtheil in der Mitte liege, welches anders ausgefallen wäre, wenn zeitig Gegenbeweismittel benannt worden wären. Das O.A.G. entschied am 29. Juni 1855, daß es sich hier um das Beneficium rest. drehe, wie das Hofgericht bereits richtig angenommen habe. Dabei wurde auf die Sache Marschcommissär Müller ca. Gemeinde Spachbrücken, Ruhegehalt betr., Bezug genommen.

b) In S. des Jakob Steinhäuser III. zu Butzbach, jetzt zu Homburg, ca. Realschuldirector Braubach in Gießen entschied das O.A.G. am 31. März 1854, daß ein Gesuch um Rest. wegen neu aufgefundener Thatsachen oder Beweismittel nur dann als das Remedium rest. anzusehen sei, wenn bereits ein Urtheil vorliege, dessen Beseitigung oder Abänderung zu Folge der nachgesuchten Restitution zu bewirken gesucht werde.

Digitized by Google

Es billigt auch

3) den Satz, daß das Remedium dann nicht vorliege, wenn das zu beseitigende Erkenntniß ein reines Contumacialerkenntniß ist und die Restitution nur den Zweck hat, den Ungehorsam zu beseitigen [2]).

Es weicht aber

4) insofern von dem oben aufgestellten Begriff des Remedium ab, als es nicht alle Restitutionsfälle, in welchen das Einbringen eines mit dem Urtheil unverträglichen Materials bezweckt wird, sondern nur diejenigen unter das Remedium zieht, welche so geartet sind,

daß der durch Art. 3 der VO. v. 12. April 1806 normirte Restitutionseid zu leisten ist.

In allen andern Fällen wird das Beneficium als vorhanden angenommen.

Diese Rechtsprechung und beziehungsweise der in Art. 3 der genannten Verordnung normirte Restitutionseid stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der s. g. deutschrechtlichen Restitution, d. h. der Restitution des Gemeinen Bescheids des Reichs-Kammer-Gerichts vom 9. Juli 1669.

Bekanntlich verordnete der letztgenannte Gemeine Bescheid, daß das Einbringen erheblicher in facto emergirender Umstände und Urkunden (Zeugen) gegen Urtheile jeder Art gestattet sein solle, wenn der Procurator der Parthie eidlich erhärte, daß weder er, noch seine Parthie von dem Einbringen vorher Kenntniß gehabt, oder daß, wenn ihnen das Einbringen bekannt gewesen sei, sie dasselbe doch einzubringen dienlich nicht erachtet hätten. In Hessen hat man nun diese Restitution im Allgemeinen beibehalten, es ist aber der fragliche Restitutionseid dahin geändert, daß nunmehr die Parthie zu beeidigen hat, entweder: daß sie das Einbringen vor der richterlichen

c) In S. Forstfiskus ca. Hering (Beleg 18) waren die Beweismittel rechtskräftig zugelassen worden. Vor weiterem Erkenntniß kam die Gemeinde Hering um Rest. wegen neu aufgefundener Beweismittel ein. Das O.A.G. nahm am 11. Febr. 1859 das Beneficium als vorhanden an. Vgl. auch Belege 11. 12.

[2]) Vgl. Entsch. O.A.Gs. in S. Schmuttermeier v. Heppenheim ca. Erben des Marx Löb Mainzer das. 1830. Beleg 8.

Digitized by Google

Entscheidung nicht gekannt habe, oder: daß sie es doch (wenn sie es gekannt habe) aller angewandten Mühe ungeachtet nicht habe herbeischaffen können. Es ist also die zweite Alternative des gemeinrechtlichen Restitutionseides „das Nichtdienlicherachten" gestrichen und die „Unmöglichkeit der Herbeischaffung" an ihre Stelle gesetzt worden. — Grade und nur diese aus dem G. B. v. 1669 hervorgegangene und unmittelbar darauf basirte Restitution ist es nun aber, welche das O.A.G. unbedingt und dergestalt mit dem Begriff „Remedium" restitutionis identificirt, daß ein Restitutionsfall, dessen thatsächliche Unterlage unter die Schablone des fraglichen Restitutionseides paßt, das Remedium begründet, während jeder andere Restitutionsfall, stünden auch noch so viele Urtheile zu rescindiren, unbedingt dem Beneficium zugewiesen wird. [3])

---

[3]) Die Thatsache der Existenz dieser Rechtsprechung erhellt aus dem zum Gesetz vom 12. Juli 1842 „den Devolutiveffect des Rechtsmittels der Restitution betr." erstatteten Ausschußbericht der II. Kammer der Landstände, Beleg 56, sowie einer Vergleichung folgender Relationen des O.A.Gs.: 1) Zielch ca. Babenhausen, 1840 (Beleg 1); 2) Schmuttermeier ca. Mainzer, 1830 (Beleg 8); 3) Gem. Harpertshausen ca. Funk, 1849 (Beleg 10); 4) Roth ca. Dietrich, 1859 (Beleg 12); 5) Korfmann ca. Janus, 1858 (Beleg 13); 6) Werner ca. Feigel, 1846 (Bel. 14); 7) Schönbergers Ehefrau ca. Reimherr, 1847 (Bel. 15); 8) Wenzel Wtw. ca. Homberger, 1856 (Bel. 16); 9) Idstein ca. Cleve Erben, 1835 — 42 (Bel. 17); 10) Fiskus ca. Hering 1859 (Bel. 18); 11) Lammert ca. Katzenmeier Wtw., 1838 (Bel. 19); 12) Weber ca. Plitt, 1848 (Bel. 20); 13) Kugler Erben ca. Breidenbach Erben, 1841 (Bel. 21); 14) Emig ca. Schneider, 1855 (Bel. 22); 15) Gem. Engelrod ca. Kirchenkasten das., 1827 (Bel. 23); 16) Fiskus ca. Lich, 1815—20 (Bel. 30); 17) Meier u. Aufholz ca. Oppenheimer, 1859 (Bel. 34); 18) Wallhaus ca. Riedesel, 1855 (Bel. 36 u. 55); 19) Kraus ca. Schäfer, 1847 (Bel. 38); 20) Kröll ca. Nickel, 1821 (Bel. 42); 21) Merle ca. Kunz, 1825 (Bel. 43); 22) Idstein ca. Östreichs Wtw., 1838 (Bel. 44); 23) Liechtenstein ca. Koch Wtw., 1861 (Bel. 45); 24) Flath ca. Anthes, 1842 (Bel. 47); 25) Hartmann ca. Hartmann, 1856 (Beleg 48); 26) Sprendlingen ca. Isenburg, 1847 (Bel. 52); 27) Müller ca. Spachbrücken, 1855 u. 1856 (Bel. 61): 28) Neunkirchen ca. Jost, 1854 (Bel. 1854); 29) Wetzel ca. Einwohner von Melbach, 1845 (Bel. 63); 30) Bingenheim ca. Staatsschatz zu Kassel, 1844 — 47

Digitized by Google

§. 2.

Es könnte auf den ersten Blick scheinen, als sei die soeben referirte Begriffsbestimmung nicht von besonderer Bedeutung, denn wenn die Restitution in den Fällen des Beneficium restitutionis überhaupt nur ertheilt werde, so sei es gleichgiltig, wie sie benannt werde, und es handle sich hier also nicht sowohl um materiell und praktisch eingreifende Rechtsprincipien, als vielmehr um eine mehr oder weniger indifferente Nomenclatur, die man füglich unerörtert lassen könne. Dem ist aber in Wahrheit nicht so, vielmehr führt jene Rechtsprechung eine Reihe der allergewichtigsten Consequenzen mit sich. In Hessen bestehen nämlich eine Anzahl gesetzlicher Bestimmungen, welche ausdrücklich das „Rechtsmittel" der Restitution zu reguliren bestimmt sind und wesentlich andere Bestimmungen enthalten, als solche für die sonstigen Restitutionen gelten. Es ist daher klar, daß, jenachdem ein Restitutionsfall unter das Rechtsmittel subsumirt wird, oder nicht, die Voraussetzungen und Bedingungen des einen oder anderen Gesetzes gewahrt werden müssen, beziehungsweise die Folgen der einen oder der anderen gesetzlichen Vorschrift eintreten. So stehen Rechtsfälle, je nachdem sie als Rechtsmittel oder Rechtswohlthat der Restitution betrachtet werden, unter verschiedenen Competenzvorschriften, indem nach der Rechtsprechung das Beneficium ausnahmslos bei dem Richter erster Instanz nachzusuchen ist, während bezüglich des Remedium der Richter höherer Instanz competent ist, insofern das Urtheil der höheren Instanz ein reformatorisches war (vgl. System §. 58. Note 5), und ebenso treten auch in Ansehung der Begründung u. s. w. verschiedene Grundsätze ein, wie dieß in den späteren Ausführungen noch besonders hervorgehoben werden wird. Schon die Verschiedenheit der Competenzbehandlung würde es aber für sich allein rechtfertigen, die obige Rechtsprechung einer näheren Prüfung zu unterziehen, da erweislich in einer großen Anzahl von Rechtsstreiten gerade die schließlich vom

---

(Bel. 64). — Vgl. sodann auch die Relationen des Hofgerichts in Darmstadt in S. Wolf ca. Mager, 1859 (Bel. 49), in S. Kahn ca. Rauch, 1854 (Bel. 50) und Goldschmidt's Erben ca. Hunkel, 1858 (Beleg 51).

Digitized by Google

Oberappellationsgericht als unrichtig erfundene Wahl des Forums ganz unverhältnißmäßige Kosten veranlaßt hat, welche letztere bei einer einfachen, naturgemäßen Begriffsbestimmung des Remedium's gar nicht hätten erwachsen können.

Ich habe die fragliche Rechtsprechung einer sorgfältigen Prüfung unterzogen und bei der systematischen Behandlung der gesammten prozessualischen Restitution selbstverständlich unterziehen müssen, ich habe mich aber von der Richtigkeit und Zweckmäßigkeit derselben nicht überzeugen können, bin vielmehr zu der wissenschaftlichen Ueberzeugung gelangt, daß jene Rechtsprechung innerer Begründetheit entbehre.

Die nachfolgenden Abschnitte sind dazu bestimmt, dieß näher darzulegen. Dabei wird der Ausdruck „Beneficium" restitutionis stets nur in dem Sinn gebraucht, wie es die vorliegende Streitfrage mit sich bringt (§. 1 Nr. 4), also unter Ausschluß des hier gar nicht streitigen Gebietes der Restitution gegen einfache (von Urtheil nicht gefolgte) Frist- und Terminversäumnisse und gegen reine Contumacialerkenntnisse (§. 1 Nr. 1. 2. 3).

§. 3.

Der Haupt- und Grundgedanke, auf welchem die vom Oberappellationsgericht aufgestellte Begriffsbestimmung des Remedium restitutionis beruht, ist der, daß die Restitution des Gemeinen Bescheids von 1669 und beziehungsweise diejenige des Art. 3 der VO. von 1806 eine eigne, in sich abgerundete Art der Restitution sei, welche in das System der römisch- und canonisch-rechtlichen Restitutionen gar nicht eingefügt werden könne, vielmehr diesen Restitutionen geradezu selbstständig gegenüber zu stellen sei. Dieser Grundgedanke kann nun aber nicht sicherer als unbegründet nachgewiesen werden, als durch eine wirklich vollzogene systematische, und gerade dadurch sich überall selbst controlirende Einreihung der fraglichen Restitution, aus welcher sich sodann nicht nur die Möglichkeit dieser Einreihung überhaupt, sondern zugleich noch weiter ergibt, wie eine solche Einreihung selbst völlig unbeschadet der theilweise gar nicht zu läugnenden Eigenthümlichkeiten jener Restitution statt-

Digitized by Google

finden könne. Aus diesem Grund wird es hier ganz besonders am Orte sein, gerade auf die im System der s. g. deutschrechtlichen Restitution gewordene Behandlung hinzuweisen und hier nur das Wesentlichste in kurzem Ueberblicke zusammenzustellen.

I. Der G. B. von 1669 hat keine selbstständige in sich abgerundete Restitution geschaffen, sondern er hat nur folgende Sätze zur gesetzlichen Geltung gebracht:

1) Auf Grund der ignorantia (error) facti kann nunmehr, anders wie nach römischem Recht, gegen Urtheile jeder Art, also auch gegen rechtskräftiges Endurtheil, Restitution erlangt werden. Vgl. System §. 44. vgl. mit §. 28.

2) Zur Erlangung der Restitution gegen rechtskräftiges Urtheil ist nicht einmal ein eigentlicher Irrthum im römisch-rechtlichen Sinne erfordert, sondern es soll, wenn es sich um das Einbringen von Thatsachen oder Urkunden handelt, schon genügen, wenn die Parthie, beziehungsweise deren Procurator, die Thatsache oder die Urkunden „zur Sache dienlich nicht vermeint haben." Vgl. System §. 44. 45.

3) Damit die Nichtwissenschaft und beziehungsweise das Nichtdienlicherachten zur Restitution führen können, ist im Allgemeinen erfordert, daß der betreffende abnorme Zustand bis zu dem zu rescindirenden Urtheile (oder darüber hinaus) gedauert habe. System §. 21 vgl. mit §. 28. 44. 45.

4) Zur Herstellung des Beweises der ignorantia und beziehungsweise des Nichtdienlicherachtens ist, insofern es sich um Restitution gegen Urtheil handelt, der offerirte Eid des Imploranten nicht allein zugelassen, sondern er ist auch der einzig zulässige Nachweis. Vgl. System §. 44 vgl. mit §. 62, insbes. Note 5 und §. 76 Nr. 3.

II. Die hess. VO. v. 12. April 1806 hat an den unter I. 1, 3 und 4 hervorgehobenen Grundsätzen hinsichtlich der eigentlichen ignorantia Nichts geändert, vielmehr dieselben lediglich bestätigt, sie hat aber die unter 2 erörterte Erweiterung und beziehungsweise legislatorische Verbildung des römisch-rechtlichen error durch den Strich der zweiten gemeinrechtlichen

Digitized by Google

Alternative beseitigt und so den Restitutionsgrund des error in seiner ursprünglichen Reinheit wieder hergestellt, zugleich hat sie aber den, übrigens auch gemeinrechtlich schon anerkannten Satz zur ausdrücklichen Geltung gebracht, daß die Unmöglichkeit der Herbeischaffung ein genügender Restitutionsgrund gegen Urtheile jeder Art sei, vorausgesetzt nur, daß der Implorant eidlich erhärte, daß die Unmöglichkeit bis zum Urtheil angedauert habe und er frei von einer Verschuldung hinsichtlich der Herbeischaffung sei, Bestimmungen, welche auf demselben Grundgedanken, wie die oben unter I. 3 und 4 referirten, beruhen. Siehe System §. 47 Nr. 3, vgl. mit §. 44 Note 11 und §. 21.

Sind diese Sätze richtig, so bedarf es in der That kaum noch eines besonderen Nachweises, daß es bei der Restitution des G. B. von 1669 und derjenigen der BO. von 1806 sich nicht um eine eigene Art der Restitution handle, denn die erstere ist ganz offenbar nur eine Aus- und resp. Verbildung der römischen restitutio ob ignorantiam und errorem, die letztere kann aber um so weniger als eine abgerundete Restitution angesehen werden, als sie in der zweiten Alternative neben die (in ursprünglicher Reinheit wiederhergestellte) Restitution wegen Nichtwissenschaft und Irrthum eine offenbar unter die generalis clausula zu subsumirende äußere Verhinderung des Imploranten stellt und also zwei systematisch scharf zu trennende Restitutionen nicht ohne eine gewisse Willkür verbindet.

Hierdurch wird denn auch selbstverstanden die ganze auf die besondere Qualification der angeregten Restitutionen basirte Rechtsprechung schon in ihren Grundfesten erschüttert.

§. 4.

Wollte man indessen, dem in §. 3 Erörterten entgegen, die Restitution der BO. von 1806 gleichwohl als eine eigne Art der Restitution ansehen, so scheint selbst bei dieser Annahme kein stichhaltiger Grund vorzuliegen, diese Art der Restitution geradezu mit dem Remedium restitutionis zu identificiren und auf diese Weise einer großen Anzahl von, die Rescission von Urtheilen bezweckenden Restitutionen die Qualification abzusprechen, das Remedium

Digitized by Google

begründen zu können, obgleich diese letzteren Restitutionsfälle ihrer inneren Natur nach, wenigstens in Ansehung der hier in Rede stehenden Frage, auf völlige Gleichstellung mit der Restitution der VO. von 1806 Anspruch haben.

Um diesen letzteren Satz außer Zweifel zu setzen, ist es erforderlich, die durch die VO. von 1806 behandelte Restitution noch tiefer, als oben geschehen, zu ergründen, um dann die Fälle des s. g. Remedium rest. mit denjenigen zu vergleichen, welche — vom O.A.G. ausgeschlossen — nach richtigerer Ansicht gleiche Berechtigung haben, unter jenen Begriff gezogen zu werden.

Die VO. von 1806 begreift diejenigen Restitutionsfälle, wo

1) die Läsion darin besteht, daß erhebliche Thatsachen (welche das Fundament von Einreden, Repliken u. s. w. abzugeben geeignet sind), oder erhebliche Urkunden und Zeugen zu richtiger Zeit nicht vorgetragen resp. benannt worden sind, und
2) die causa restitutionis darin liegt, daß
   a) entweder das fragliche Einbringen dem Imploranten bis zum Urtheil unbekannt war,
   b) oder daß Implorant es angewandter Mühe ohnerachtet nicht herbeischaffen konnte.

Es ist, da Läsionen der sub 1 bemerkten Art unzweifelhaft auch auf Grund römisch-rechtlicher Restitutionscausalien geheilt werden können, klar, daß das charakteristische Merkmal der durch die VO. von 1806 begründeten Restitution und also der Schwerpunkt des Unterschieds des Remedii von dem Beneficium rest. (soweit letzteres gegen ein Urtheil gerichtet ist) in der causa restit. (2. a und b) liegt, und also von vornherein folgende Restitutionsgründe zur Begründung des Remed. rest. ganz untüchtig sind:

I. Zwang,
II. Minderjährigkeit,
III. das Privileg der den Minderjährigen Gleichgestellten,
IV. Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts,
V. Betrug.

Es läßt sich nun aber nicht einsehen, warum diese Restitutionsgründe das Remedium nicht sollten begründen können, und

Digitized by Google

resp. umgekehrt, warum die Restitution der VO. von 1806 ausschließlich als Rechtsmittel anzusehen sei. Man findet zwar regelmäßig eine Reihe von Gründen aufgeführt, welche darthun sollen, daß nur die letztere Restitution in Wahrheit als gegen Urtheil gerichtet angesehen werden könne, allein es läßt sich unschwer nachweisen, daß jene Gründe entweder überhaupt oder doch wenigstens für die hier obschwebende Frage unerheblich sind.

1) Man hat gesagt, nur durch die VO. von 1806 begründete Restitution sei ein „Rechtsmittel" im eigentlich technischen Sinn, die anderen gegen Urtheil gerichteten Restitutionen seien dieß nicht. Beleg 56.

Man kann diesen Satz zunächst in einem mehr formellen Sinn, d. h. so nehmen, als hätten die Gesetze das Prädicat „Rechtsmittel" ausdrücklich auf die Restitution der VO. v. 1806 beschränkt, also bei allen sonstigen gegen Urtheil gerichteten Restitutionen für unanwendbar erklärt. In dieser Bedeutung enthält der Satz eine unerwiesene Behauptung, denn wenn auch die Gesetze die Rest. des G. B. v. 1669 und beziehungsweise der VO. v. 1806 ausdrücklich „Rechtsmittel" der Restitution nennen, so ist doch nirgends gesagt — und nur darauf kommt es doch an — daß eine andere gegen Urtheil gerichtete Restitution nicht ebenfalls als „Rechtsmittel" bezeichnet werden dürfe. Ohnehin ist aber auch der Satz in dem fraglichen Sinn ohne praktischen Werth und ein deßfallsiger Streit kommt umsomehr auf einen Wortstreit hinaus, als, selbst seine Richtigkeit unterstellt, doch Nichts entgegenstünde, alle gegen Urtheil gerichteten Restitutionen unter dem systematischen Gesammtbegriff „Restitution gegen Urtheil" zusammenzufassen.

Man kann den obigen Satz aber auch in einem tiefergehenden Sinne nehmen und darin die Behauptung finden, der Rechtsbehelf der Restitution, welcher nach dem römischen und canonischen Recht in seinem ganzen Umfang ein außerordentlicher, im Gegensatz zu dem strengen Prozeßrecht stehender Rechtsbehelf gewesen, sei, insoweit er in dem Gem. Besch. v. 1669 u. resp. in der VO. v. 1806 seinen Ausdruck und seine Ausbildung erlangt habe, zu einem ordentlichen, nunmehr einen Bestandtheil des strengen Rechtes bildenden Restitutionsmittel, oder, um

Digitized by Google

mit l. 16. pr. de minor. (4. 4) zu reden, aus einem extraordinarium auxilium zu einem commune auxilium geworden. Auch in dieser Bedeutung wäre aber der Satz erst zu erweisen. Ein solcher Beweis ist nun aber nicht allein nicht geführt worden, sondern die tägliche Erfahrung lehrt auch, daß in den Restitutionsfällen der VO. v. 1806 die allgemeinen Principien der römisch-rechtlichen Restitutionstheorie ergänzend da zur Anwendung kommen, wo nicht die VO. v. 1806 und die damit zusammenhängenden Gesetze ausdrückliche Bestimmungen enthalten, was doch ganz unmöglich wäre, wenn es sich hier um ein selbstständiges, von der übrigen Restitutionslehre getrenntes Rechtsmittel handelte. Will man nun aber entgegenhalten, die Eigenschaft der Rest. der VO. v. 1806 als eines commune auxilium hindere die ergänzende Anwendung römisch-rechtlicher Rest.-Grundsätze nicht, so wird mit diesem Satze die praktische Bedeutung der fraglichen Unterscheidung so vollständig geschwächt, daß dieselbe auch hier auf einen reinen Wortstreit umsomehr hinauslaufen würde, als ja die gesammte civilprocessualische Restitution im Laufe der Zeit den communen Rechtsbehelfen beinahe vollständig angenähert worden ist.

2) Man hat Gewicht darauf gelegt, daß die Restitution der VO. von 1806 auf dem deutschen Rechte beruhe, die sonstigen Restitutionen nicht.

Aber selbst abgesehen davon, daß die deutschrechtliche Restitution nur als eine Ausbildung eines schon nach römischem Recht vorhandenen Restitutionsgrundes erscheint, so ist die Gegenüberstellung der historischen Entstehung der Rechtsprincipien, sobald sie nicht durch den Unterschied der Principien selbst Gewicht hat, für Fragen des Systems bedeutungslos. Unter allen Umständen ist aber die beregte historische Entstehung für die hier vorliegende Frage ohne alle Erheblichkeit, weil daraus, daß eine bestimmte Restitution deutschen Ursprungs ist, gewiß Nichts weniger folgt, als daß diese nun deßhalb ausschließlich als Rechtsmittel der Restitution betrachtet werden müsse.

3) Man hat ganz besonders hervorgehoben, das Remedium rest. gehe direct und unmittelbar gegen das Urtheil, das

Digitized by Google

Beneficium gehe stets zunächst gegen versäumte Termine oder Fristen und nur folgeweise gegen das Urtheil [4]).

Dieser Unterschied existirt aber in Wahrheit nicht. Von vornherein ist der Satz, daß das Beneficium rest. stets zunächst gegen Versäumung einer Frist oder eines Termins gehe, nicht richtig, weil Fälle eintreten können, wo für das betr. Vorbringen einer Frist ein Termin gar nicht angesetzt war. Man nehme z. B. den bei protokollarischem Verfahren nicht ungewöhnlichen Fall, wo die streitenden Theile ohne Ladung vor Gericht erschienen sind, sofort das ganze Streitverhältniß protokollirt und dann Urtheil erlassen worden ist; oder den Fall, wo die Frist offengehalten war, die Parthie aber ohne neue Fristbestimmung gehandelt hat, dann aber Urtheil gefolgt ist. Wird hier das Beneficium restitutionis gebraucht, so kann unmöglich gesagt werden, es gehe zunächst gegen eine Frist oder einen Termin. Vgl. System §. 9. II Note 9.

Nimmt man aber auch den — allerdings gewöhnlicheren — Fall, daß das Material, welches nach dem Urtheilserlaß eingebracht werden soll, eigentlich innerhalb einer Frist oder in einem Termin hätte vorgetragen werden müssen, so leuchtet doch nicht ein, warum das Beneficium restitutionis zunächst gegen den Ablauf der Frist oder des Termins und nur folgeweise gegen das Urtheil, das Remed. dagegen direct und unmittelbar gegen das Urtheil gehen soll, während doch richtiger Ansicht zu Folge die Richtung und Wirkung bei beiden Rechtsbehelfen dahin zu bestimmen ist, daß die Restitution sowohl gegen den Ablauf der Frist, als auch gegen das Urtheil, also gegen beide präcludirende Momente in gleicher Linie gerichtet sei und wirke. Vgl. System §. 9. II.

---

[4]) Man findet auch die Behauptung, das Beneficium gehe zunächst nur gegen ein bestimmtes Formelessentiale, gegen einen bestimmten einzelnen Act im Prozesse, dies ist im Wesentlichen nur ein andrer Ausdruck für dieselbe Sache.

Digitized by Google

Nehmen wir, um dieß zu beweisen und die völlige Gleichheit der Richtung und Wirkung darzuthun, eine bestimmte Actenlage und reihen hieran zwei Gesuche, von welchen das eine unbestritten als das Remed., das andere als das Beneficium rest. anzusehen ist.

A klagt aus Darlehn, Beklagter B excipirt mit der Einrede der Zahlung und es ergeht Beweiserkenntniß, welches den Beweis dieser Einrede auflegt. Die dem Beklagten in Wahrheit zustehende Einrede des Verzichts ist vorzuschützen unterlassen worden. Man denke sich nun zwei Restitutionsgesuche:

a) das eine darauf gestützt, daß B die Einrede des Verzichts erst nach Erlaß des Urtheils erfahren (m. a. W. vorher keine Wissenschaft gehabt) habe,
b) das andere darauf basirt, daß B ein Minor sei und das Nichtvorschützen der Einrede auf einem Versehen des Vormunds beruhe.

Von diesen Gesuchen erscheint das erste als Remedium, das zweite als Beneficium. Nichtsdestoweniger sind sich diese Gesuche insofern völlig gleich, als in beiden Fällen die Frist zur Erklärung auf Klage abgelaufen und Urtheil ergangen ist, sohin dem nachträglichen Einbringen einer Einrede der Fristablauf und das Urtheil entgegensteht, und nur darin differiren sie, daß die causa restitutionis im ersten Falle in der bis zum Urtheil angedauert habenden ignorantia der Einrede, im zweiten Falle in dem Privileg des Minor besteht. Warum soll nun aber die Restitution in einem Fall auf etwas Anderes gerichtet sein, als im anderen, warum in dem einen anders wirken, als in dem andern? Beide Restitutionen sind auf die Zulassung der Einrede, trotz Fristenablauf und Urtheil, gerichtet und die Wirkung der Gewährung des Gesuchs ist bei beiden die Zulassung trotz jener zwei präcludirenden Momente.

Nehmen wir eine andere Actenlage und zwei weitere Restitutionsgesuche.

Digitized by Google

Es ist Erkenntniß ergangen, welches den Beweis des Klägers für verfehlt erklärt und die Klage abweist. Die wichtigste Beweisurkunde des Klägers ist vorzulegen unterlassen worden. Man denke sich zwei Gesuche:

a) das eine gestützt darauf, daß Implorant die Urkunde aller angewandten Mühe ohnerachtet vor dem Urtheilserlaß nicht habe herbeischaffen können,

b) das andere darauf, daß die Benennung der Urkunde durch die Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts unterblieben sei.

Das erstere Gesuch erscheint wieder als Remedium, das zweite als Beneficium restitutionis. Beide sind sich aber in Richtung und Wirkung ganz gleich, denn sie bezwecken beide Zulassung eines Beweismittels trotz Ablaufs der Beweisantretungsfrist und trotz Enderkenntniß, und im Fall der Gewährung wird durch beide ganz das Gleiche bewirkt.

Von einem folgeweisen Wegfallen der Urtheile ist bei beiden Rechtsbehelfen überhaupt nicht die Rede. Von einem solchen Wegfallen kann nur in dem einen zunächst nicht hierher gehörigen Falle gesprochen werden, wenn ein reines Contumacialerkenntniß ergangen ist, weil hier das Urtheil einzig die contumacia der Parthie zum Fundament hat und mit der Beseitigung der contumacia das Urtheil jedes Fundament verliert. Anders ist es aber in den obigen Fällen, wo die Parthie den an sie ergangenen Anflagen im Allgemeinen Folge geleistet und nur ein einzelnes Moment bei der Prozeßhandlung einzubringen unterlassen hat. Hier hat das auf Grund der Verhandlungen ergangene Urtheil nicht die Natur eines Contumacialerkenntnisses, es ist nicht Folge der betr. Unterlassung, sondern es hat seine selbstständige Grundlage in den stattgehabten Verhandlungen, und es kann nicht gesagt werden, die nachträglich nachgewiesene Entschuldbarkeit der Unterlassung des Verbringens (Einrede, Benennung als Beweismittel ꝛc.) führe als unmittelbare logische Folge dieß Wegfallen des Erkenntnisses mit sich.

Digitized by Google

Das ganze Berufen auf das directe und unmittelbare Wirken des Remed. rest. hat augenscheinlich seinen Grund in einer nicht ganz vollständigen Erkenntniß des Umstands, daß Implorant beim Remedium gesetzlich beschwören muß:

„daß er vor dem Erlaß des Urtheils keine Kenntniß des Einbringens gehabt resp. dieses letztere nicht habe einbringen können."

Weil dieser Eid des Fristablaufs in keiner Weise Erwähnung thut, nahm man an, das Remedium wirke direct gegen das Urtheil, während doch in der fraglichen gesetzlichen Bestimmung nur ausgesprochen ist, daß es zur Restitution nicht genüge, wenn der Restitutionsgrund innerhalb der Frist (zur Erklärung auf Klage, zur Beweisantretung ꝛc.) vorgelegen habe, sondern daß er bis zum Erkenntniß angedauert haben müsse, als in welchem Falle selbstverständlich durch den letzteren Umstand das Vorhandensein der Verhinderung auch während der Frist dargethan sei.

In Wahrheit verhält es sich nun aber mit dem directen und unmittelbaren Wirken der Restitutionen folgendermaßen:

Nach römischem Rechte, welches die Vorbestimmung von Fristen zur Einbringung der Einreden ꝛc. und Beweismittel nicht kannte, war das Urtheil stets das einzige Präclusivmoment, welches anzugreifen war, und insofern läßt sich sagen, daß jede Restitution damals direct und unmittelbar gegen das Urtheil gerichtet gewesen sei. Heutzutage aber, wo für das Vorbringen im ersten und Beweisverfahren regelmäßig bestimmte Präclusivfristen vorgesetzt werden, ist dieß anders. Ob eine Restitution direct und unmittelbar gegen das zu rescindirende Urtheil wirke, ist jetzt davon abhängig, ob für das nachzubringende Material früher eine Frist vorbestimmt war, oder nicht. War eine Frist ausnahmsweise nicht vorbestimmt, so kann man, wenn man die Ausdrücke gebrauchen will, immer noch, wie beim römischen Recht, von einer directen und unmittelbaren Richtung sprechen; war aber eine Frist vorbestimmt, so muß man sagen, die Restitution gehe gegen

Digitized by Google

Frist und Urtheil in gleicher Linie, und die obigen Ausdrücke sind ebenso unplatzgreiflich, als die oben behandelten „zunächst" gegen die Frist und nur „folgeweise" gegen das Urtheil. Die jeweilige Actenlage ist also das Entscheidende. Vgl. §. 9, II. §. 21 insbes. Note 11.

4) Endlich hat man auch geltend gemacht, daß die VO. v. 1806 als ausschließliches Bescheinigungsmittel den Eid des Implo-ranten vorschreibe, es bedarf aber insofern wohl nur der einfachen Bemerkung, daß die Art, wie die Restitutionsgründe gesetzlich zu bescheinigen seien, unmöglich für die Frage entscheidend sein könne, ob eine Restitution als Rechtsmittel erscheine, oder nicht.

§. 5.

Werden wir nun schon durch das bisher Gesagte zu einer gleichmäßigen Behandlung der oben als Benef. rest. bezeichneten Fälle mit den Fällen der Restitution der VO. von 1806, mithin zu einer Erweiterung des Begriffs des Remedium hingewiesen, so springt der Mißstand der vom O.A.G. beliebten Einengung des Begriffs des Remedium rest. erst recht in die Augen, wenn man sich klar macht, daß durch diese Einengung einzelne in sich abgerundete Restitutionsgründe auseinandergerissen und theils dem Remedium, theils dem Beneficium rest. zugewiesen, gerade dadurch aber über die Scheidelinie der beiden Rechtsbehelfe vielfach so erhebliche Zweifel erzeugt werden, daß selbst im höchsten Gerichte die Ansichten hierüber differiren. Es soll dieß näher dargethan werden.

Die VO. von 1806 kennt, wie früher erörtert, zwei Restitutionsgründe: Ignorantia und Unmöglichkeit der Herbeischaffung. Sie sind getrennt zu betrachten.

I. Ignorantia.

1) Der Gem. Besch. von 1669, beziehungsweise die VO. von 1806, sprechen (von Urkunden abgesehen) nur vom Einbringen neuer Thatsachen, und es ist also das Remedium im Allgemeinen nicht vorhanden, wenn die Restitution auf die Nichtkenntniß eines Rechtssatzes gestützt

Digitized by Google

wird. Nichts desto weniger gibt es aber Fälle, wo auf Grund eines error juris auch gegen Urtheil restituirt wird. Diese fallen nun freilich nach der Rechtsprechung, soweit ein ausländischer Rechtssatz in Frage kommt, unter das Remedium, im Uebrigen werden sie aber dem Beneficium restitutionis zugewiesen.

Die Inconvenienz einer solchen Trennung soll an Entscheidungen klar gemacht werden:

a) Entschuldbare Unkenntniß einer auf Thatsachen basirten Einrede begründet das Remedium;

Vgl. die Relation des O.A.Gs. in S. Korfmann ca. Janus, Beleg 13.

entschuldbare Unkenntniß der exceptio SCti Vellejani Seitens einer Frau das Beneficium.

Vgl. die Rel. O.A.Gs. zum Erk. vom 19. Juni 1847 in S. Schönbergers Ehefrau ca. Reimherr; Beleg 15.

In gleicher Weise erscheint das Restitutionsgesuch einer Frau, zum Zweck der Einbringung der exceptio cedendarum actionum, gestützt auf die angebliche Unkenntniß dieser Einrede, als Beneficium.

Vgl. die Rel. O.A.Gs. zum Erk. vom 5. December 1856 in S. Wenzel Wtw. ca. Homberger; Beleg 16.

b) Entschuldbare Unkenntniß der Frankfurter Wechselordnung und das darauf gestützte Restitutionsgesuch um nachträgliche Zulassung der Einrede der Verjährung begründen das Remedium oder Beneficium rest., je nachdem die Entschuldbarkeit der Unkenntniß der fragl. Wechselordnung auf ihre Qualität als eines ausländischen, oder antiken inländischen Gesetzes gegründet wird.

Vgl. die Rel. des O.A.Gs. in S. Samuel u. Bär Idstein da. Cleve Erben 1837—42; Beleg 17.

2) Die s. g. deutsch-rechtliche Restitution, und folgeweise die Restitution der VO. von 1806, heilt eigentlich nur Unterlassungen und greift daher streng genommen nicht Platz,

Digitized by Google

wo es sich um Rücknahme oder Abänderung eines positiven Vorbringens, d. h. eines Geständnisses, handelt. Vgl. §. 28 Nr. 3. Nun hat zwar das O.A.G. in einzelnen Fällen, wo es sich um Zurücknahme eines Geständnisses handelte, angenommen, es liege das Remedium vor, vgl. die Relationen in S. Lammert ca. Katzenmeiers Wtw. 1838—40, Bel. 19; in S. Weber ca. Plitt 1848, Bel. 20; in S. Breidenbach ca. Kugler, Beleg 21; in einer anderen Sache dagegen hat sich der Referent, dessen Antrag vom Colleg gebilligt wurde, dahin ausgesprochen, es könne hier nur durch das Benef. rest. geholfen werden. Vgl. Rel. in S. Emig ca. Schneider, Beleg 22.

3) Schon das römische und canonische Recht statuirten Restitution ob ignorantiam und errorem bis zur rechtskräftig und endlich entschiedenen Sache. Streng genommen beginnt daher das Gebiet der s. g. deutsch-rechtlichen Restitution resp. derjenigen der VO. von 1806 erst nach eingetretener Rechtskraft des Endurtheils. Behandelt man nun die deutsch-rechtliche Restitution als eine eigne Art der Restitution, so folgt daraus die Inconvenienz, daß verschiedene Rechtsprincipien bezüglich der ignorantia angenommen werden müssen, je nachdem der Zufall es will, daß das Enderkenntniß ergangen und rechtskräftig geworden ist, oder nicht. Will man nun auch mit dem O.A.G. schon das Beweisinterlokut dem römischen Endurtheil gleichstellen, so bleibt doch immer der Uebelstand, daß die restitutio ob ignorantiam oder errorem je nach der Prozeßlage von verschiedenen Rechtsprincipien beherrscht und hierdurch, namentlich wenn es sich um Rücknahme von Geständnissen handelt, eine besondere Schwierigkeit der Behandlung des einzelnen Falls hervorgerufen wird. Vgl. Rel. des O.A.Gs. in S. Weber ca. Plitt, 1848, Bel. 20, u. in S. Schönbergers Ehefrau ca. Reimherr, 1847, Beleg 15.

II. Unmöglichkeit der Herbeischaffung.

Auf Grund der zweiten Alternative des in der VO. v. 1806 normirten Eides können (da der Gem. Bescheid von 1669

insoweit ergänzend eintritt) nur Thatsachen, Zeugen oder Urkunden eingebracht werden. Handelt es sich also um ein Restitutionsgesuch, welches den Zweck hat, eine s. g. exceptio juris, oder ein Beweismittel, welches nicht als Urkunde oder Zeuge erscheint, einzubringen (man denke z. B. an den Fall, wo Jemand durch Zwang am Einbringen einer solchen exceptio oder an der Berufung auf eine Expertise oder auf Eideszuschiebung gehindert worden ist), so ist das Remedium nicht vorhanden, obgleich diese Fälle ebensowohl unter die rerestitutio ob absentiam resp. ex generali clausula fallen, wie diejenigen, wo die Unmöglichkeit der Herbeischaffung sich auf Thatsachen, Urkunden oder Zeugen bezieht. Auch hier ist also eine zusammengehörige Restitutionsart aus einander gerissen.

§. 6.

Die Mißständigkeit der vom O.A.G. beliebten Einengung des Remedium restitutionis läßt sich aber noch in einer anderen, gerade entgegengesetzten Richtung nachweisen. Sowie sich nämlich die Darlegungen des vorigen Paragraphen darauf stützten, daß durch jene Einengung einzelne zusammengehörige Restitutionsgründe auseinandergerissen und hierdurch Zweifel über die Grenze des Remedium restitutionis hervorgerufen würden, so treten solche Zweifel beinahe noch in erhöhterem Grade ein, wenn man sich Fälle denkt, wo zur Hebung einer Läsion einer der Restitutionsgründe der VO. v. 1806 — frühere Nichtkenntniß und Unmöglichkeit der Herbeischaffung — mit einem der sonst nur das Beneficium restitutionis begründenden Restitutionsgründe cumulirt wird. Denn während die angerufene frühere Nichtkenntniß resp. die Unmöglichkeit der Herbeischaffung auf das Remedium hinweist, fordert der damit verbundene Restitutionsgrund sehr bestimmt auf, das Beneficium anzunehmen.

Es erscheint angemessen, diese Zweifelsfälle näher zu veranschaulichen.

1) Will eine Parthie ein Restitutionsgesuch auf frühere Nichtkenntniß oder Unmöglichkeit der Herbeischaffung gründen, so

Digitized by Google

kann dieß im Allgemeinen nur so geschehen, daß sie die Fortdauer jener Zustände bis zu dem letzten unverträglichen Urtheil behauptet und (durch Eid) bescheinigt, sie kann aber die Rescission dieses Urtheils auch in einem Falle erlangen, wo die Nichtkenntniß oder die Unmöglichkeit der Herbeischaffung zwar schon vor dem Urtheil weggefallen ist, wo ihr aber noch ein anderer Restitutionsgrund zur Seite steht, welcher sich gegen das letzte Urtheil geltend machen läßt, m. a. W. wenn sie mit dem früheren Restitutionsgrund einen anderen verbindet. Vgl. §. 21 u. 54.

Man nehme nun folgenden Fall: Der Erbe des B, von A aus einem angeblich dem B gegebnen Darlehn belangt, bestreitet die Hingabe des Darlehns, es erfolgt Beweisinterlocut, welches dem A den Beweis des Darlehns auferlegt. Während des schwebenden Beweisverfahrens entdeckt der Beklagte durch Auffinden einer Quittung bei den Papieren des Erblassers die Einrede der Zahlung, er wird aber durch betrügliche Vorspiegelungen des Klägers veranlaßt, diese Einrede vorerst nicht einzubringen, und es ergeht condemnatorisches Urtheil nach Klagantragung. Will der Erbe des B in diesem Falle Restitution gegen das Enderkenntniß erlangen, so muß er, da er die Fortdauer der Nichtkenntniß bis zum Endurtheil nicht behaupten kann, die frühere Nichtkenntniß der Einrede mit dem Restitutionsgrund des dolus des Gegners cumuliren. [5]). Es fragt sich nun aber, ob ein solches Gesuch als Remedium, oder Beneficium erscheine. Wäre die Einrede alsbald, d. h. noch vor dem Endurtheil eingebracht worden, so hätte es sich unzweifelhaft um das (gegen das Beweisurtheil gerichtete) Remedium gehandelt, der gegen das Endurtheil angerufene Restitutionsgrund des Betrugs widerspricht

[5]) Es kommt bei der hier vorliegenden Frage gar nicht einmal darauf an, ob einem solchen Restitutionsgesuch wirklich willfahrt werden kann, denn schon die Einreichung eines solchen Gesuchs nöthigt zur Entscheidung der Frage, ob das Remedium, oder das Beneficium vorliege.

Digitized by Google

aber dieser Ansicht sehr bestimmt, und es ist daher in der That schwer zu sagen, für welchen dieser Rechtsbehelfe man sich entscheiden soll.

2) Eine Cumulation von Restitutionsgründen ist namentlich auch dann erforderlich, wenn es sich um die Zurücknahme eines acceptirten Schiedseides oder eines dem Gegner festzuerkannten nothwendigen Eides, oder aber die Vernichtung eines ausgeschwornen Eides und des darauf gebauten Urtheils handelt, denn in einem solchen Fall kann die Restitution nur stattfinden, wenn Implorant

a) Zeugen oder Urkunden neu aufgefunden hat, und mit denselben

b) einen dolus des Gegners in dem Sinne nachweisen kann, daß dieser einen Meineid schwören werde, resp. geschworen habe. Vgl. §. 55. Note 7.

Es fragt sich nun aber, welchem Gebiete diese Restitution zuzuweisen sei, demjenigen des Remedium, oder demjenigen des Beneficium. Das Neuauffinden spricht ganz für ersteres, der Meineidsbeweis ganz für letzteres. In der That zeigt sich denn auch insofern ein Schwanken in der Rechtsprechung.

a) In S. Samuel Jostein von Babenhausen ca. Jüdel Oestreichs Wittwe daselbst handelte es sich um die Zurücknahme eines acceptirten freiwilligen Schiedseides. Beide Referenten waren der Ansicht, daß es sich hier um das Remedium drehe, weil durch noviter reperta der frühere Zustand wiederhergestellt werden solle, das Colleg nahm aber gegen deren Antrag an, daß das Erbieten, den Meineid zu beweisen, das entscheidende Moment sei, und also das Beneficium vorliege. Vgl. Rel. zum Erk. vom 17. März 1838; Beleg 44.

b) In S. Liechtenstein ca. Koch Wittwe handelte es sich um die Rescission eines abgeschwornen Schiedseides und des darauf gebauten Urtheils. Der Referent, dessen Antrag gebilligt wurde, nahm hier an, es handle sich um das Remedium restitutionis. Vgl. Rel. zum Erk. v. 15. März 1861; Beleg 45.

Digitized by Google

c) Von gleicher Annahme wurde bezüglich des nothwendigen Eides ausgegangen in S. Flath ca. Anthes, Beleg 47, und Hartmann ca. Hartmann, Beleg 48. (Vgl. auch die damit harmonirenden Relationen des Hofgerichts in D. in S. Kahn ca. Rauch, Beleg 50, und Goldschmidt Erben ca. Hunkel, Beleg 51).

d) In S. Sprendlingen ca. Isenburg handelte es sich um Restitution gegen ein der Gemeinde Sprendlingen einen Erfüllungseid zusprechendes Oberappellations-Gerichts-Erkenntniß und beziehungsweise ein demselben vorausgegangenes Erkenntniß. Der Gegner der Gemeinde versuchte die Restitution gegen diese Erkenntnisse zu erlangen, indem er behauptete, eine Anzahl neuer Beweismittel seien zwar schon vor dem letzten Urtheil aufgefunden worden, allein sein früherer Anwalt habe es nachlässiger Weise versäumt, dieselben vor dem Erkenntniß einzubringen, unter solchen Umständen könne aber ein eigentlicher Meineidsbeweis nicht als nöthig erachtet werden. Der Referent des O.A.Gs. erörterte hierbei, ob dieses Gesuch als Remedium, oder Beneficium restitutionis zu betrachten sei, und gelangte zur Ansicht, daß es sich in Wahrheit doch um das Remedium handle, weil, wenn die neuen Beweismittel vor dem auf den Erfüllungseid sprechenden Erkenntniß eingebracht worden wären, das Remedium vorgelegen hätte, und das hinsichtlich der Nachlässigkeit des Anwalts angerufene Beneficium nur dem Remedium den Weg bahnen solle. Das Gegentheil hätte aber ebenso gut, ja noch besser begründet werden können, denn das Haupturtheil, um welches es sich handelte, sollte ja nicht auf Grund der früheren Nichtkenntniß, sondern auf Grund der Nachlässigkeit des Anwalts angegriffen werden, und man hätte richtiger sagen können, das Remedium solle dem Beneficium den Weg bahnen. Uebrigens wurde das Gesuch wegen nicht versuchten Meineidsbeweises verworfen.

Vgl. Rel. zum Erk. v. 9. Juli 1847; Bel. 52.

Digitized by Google

§. 7.

Es ist ferner einer Eigenthümlichkeit der hessischen Rechtsprechung Erwähnung zu thun, welche gleichfalls nicht ungeeignet ist, Bedenken gegen den hier bekämpften Begriff des Remedium zu begründen.

Vom Oberappellationsgericht ist vielfach der Satz ausgesprochen worden, daß der Restitutionsgrund der Nachlässigkeit des öffentlichen Anwalts stets nur das Beneficium restitutionis begründe, und im Allgemeinen scheint dieser Satz auch in Bezug auf Irrthümer der Anwälte in Rücksicht auf factische Angaben zu gelten. Dreht es sich aber darum, gegen rechtskräftiges Erkenntniß auf Grund einer irrigen factischen Angabe des öffentlichen Anwalts Restitution zu erlangen, so fordert das O.A.G. Ableistung des Restitutionseides im Sinn der VO. von 1806 dahin: daß Implorant von dem Irrthum des Anwalts vor rechtskräftigem Erkenntnisse keine Wissenschaft gehabt habe. Dieß ist nun insofern vollkommen zu billigen, als dadurch ausgesprochen ist, es solle Restitution dann nicht stattfinden, wenn Implorant den Irrthum schon vor dem Urtheil habe berichtigen können (siehe §. 21 vgl. mit 39 a. E. und Note 13 daselbst), allein es ist klar, daß durch die Ausdehnung des Restitutionseids auf jene Fälle des Irrthums des öffentlichen Anwalts einestheils ein heterogener Restitutionsgrund dem Remedium restitutionis einverleibt, gleichzeitig aber die Restitution wegen Irrthums und Culpa des Anwalts, welche doch vielfach in einander übergreifen und gerade deßhalb bei der hier vorliegenden Frage auf gleiche Behandlung Anspruch machen, unter verschiedene Principien gestellt und beziehungsweise zerrissen sind.

Vgl. die Rel. O.A.Gs. in S. Wallhaus ca. Riedesel, Beleg 36; Oppenheimer u. Meier ca. Aufholz, Beleg 34; und den Rechtsfall im Arch. f. pr. R. W. N. F. Bd. II S. 204, jedoch auch Rel. in S. Kraus ca. Schäfer, Beleg 38.

§. 8.

Es erübrigt, auch noch auf eine Unzuträglichkeit aufmerksam zu machen, welche sich ergibt, wenn man sich mehrere Restitutions-

Digitized by Google

gesuche, von welchen das eine als Remedium, das andere als Beneficium erscheint, sei es zur Hebung einer und derselben Läsion, oder verschiedener Läsionen, zu gleicher Zeit eingebracht denkt. Diese Inconvenienz tritt namentlich dann ein, wenn in höherer Instanz reformatorisch erkannt war, weil hier die Restitutionsgesuche unter verschiedenen Competenzbestimmungen stehen, und sie wird am augenscheinlichsten, wenn man möglichst gleichartige Restitutionsgesuche neben einander stellt. Ein Beispiel mag dieß veranschaulichen: Eine Frau wird aus Bürgschaft belangt. Da sie nur die Einrede der Compensation vorschützt, so ergeht insofern Beweisinterlokut, welches in höchster Instanz der Fassung des Beweises nach reformirt wird. Nach rechtskräftigem Beweisinterlokut erfährt sie, daß ihr noch zwei Einreden zur Seite stehen, nämlich die Einrede aus dem Senatusconsultum Vellejanum und die Einrede der Zahlung durch den Hauptschuldner. Denkt man sich diese zwei Einreden im Restitutionswege zu gleicher Zeit geltend gemacht, so ergibt sich, da die Restitution in zweiter Richtung sich als Remedium, diejenige in erster Richtung sich als Beneficium qualificirt, folgendes Resultat:

Das erste Restitutionsgesuch gehört vor das Untergericht, die zweite vor das O. A. G. (vgl. §. 58); wird das erste ohne vorgängige Vernehmung der Gegenparthie als unbegründet abgeschlagen, so findet außergerichtliche Beschwerde statt, beim zweiten nur ein eigentliches Rechtsmittel (§. 78); zur Begründung des ersten genügt es, zu behaupten, daß Implorantin die Einrede innerhalb der Erklärungsfrist nicht gekannt habe, im zweiten muß die Nichtkenntniß bis zum Urtheil und resp. der Rechtskraft gedauert haben (§. 21 Note 11); beim ersten kann Implorantin die Bescheinigung der Nichtkenntniß der Einrede durch den offerirten Eid oder andere Bescheinigungsmittel liefern, beim zweiten ist der Eid das einzig zulässige Bescheinigungsmittel (§. 44 Note 11. §. 76).

Und alle diese Unterschiede beruhen hier im Kern darauf, daß es sich bei der ersten Einrede um eine entschuldbare ignorantia juris, bei der zweiten um eine entschuldbare ignorantia facti dreht.

Digitized by Google

§. 9.

Die bisher angefochtene Rechtsprechung des O.A.Gs. ist aber nicht allein innerlich bedenklich, sondern sie scheint auch mit der hessischen Gesetzgebung nicht in Einklang gebracht werden zu können, denn wenn die Prozeß-Ordnung von 1724 im Theil II Tit. 12 §. 9 sagt:

> daß „das Remedium restitutionis, außer wenn solches ob commissum dolum zur Hand genommen wird (als in welchem Falle es innerhalb zwei Jahren sub poena praeclusi einzuführen ist), binnen vier Jahren von Zeit der ausgesprochenen Urtheil, oder, wofern die Sache Minores beträfe, von Zeit der Majorennität an zu rechnen, eingeführt werden solle,"

so ist hierin klar ausgesprochen, daß auch die Restitution wegen Betrugs und Minderjährigkeit das Remedium restitutionis begründen können. An dieser Vorschrift der PO. haben denn auch die VO. vom 12. April 1806 und vom 11. Jan. 1812 so wenig etwas geändert, als die Gesetze vom 1. Mai 1830, vom 12. Juli 1842 und 20. Aug. 1848 Art. 15, weil diese sämmtlich einen bestimmten Begriff des Remedium restitutionis nicht aufstellen und es namentlich a priori zulässig erscheint, die Gesetze vom 12. Juli 1842 und 20. August 1848 auf den richtigen Begriff des Remedium anzuwenden.

In der That haben sich denn auch einzelne Referenten des höchsten Gerichtshofs gegen den durch die Rechtsprechung fixirten Begriff des Remedium restitutionis ausgesprochen,

> vgl. Rel. in S. Zielch ca. Babenhausen 1839 und 40, auch Rel. in S. Walkhaus ca. Riedesel (Beleg 1 u. 55).

und das Hofgericht in Gießen, welches lange an dem richtigen Begriff des Rechtsmittels der Restitution festhielt,

> vgl. Generale v. 19. Juli 1828 (Nr. 302 der Sammlung) betr. die Competenz der Mittelgerichte bei Restitutionsgesuchen *)

*) „Bei mehreren Untergerichten hat bisher die Ansicht bestanden, daß auch gegen die bei ihnen versäumte Termine oder Fristen bei Grm. Hofg. W. i. d. v. St. nachgesucht werden müsse. Diese Ansicht

hat sich erst durch die constante Praxis des O.A.Gs. und eine dadurch mit Gewißheit vorauszusehende Reformation seiner Erkenntnisse veranlaßt gefunden, seine frühere Ansicht aufzugeben.

Vgl. Gener. vom 17. Mai 1832 (Nr. 416). [7])

---

beruht indessen auf einem Irrthum, indem unsere PO. I, 7. §. 6, nur die gegen Urtheile nachzusuchende Restitutionen an den höheren Richter verweist" ꝛc.

[7]) Die Competenz der Mittelgerichte bei Restitutionsgesuchen betr. „Die Bestimmung der Gr. Proceßordnung von 1724 Theil I. Tit. VII §. 6 ist wegen ihrer Allgemeinheit verschiedener Auslegungen fähig und wir haben Ihnen daher durch Generale v. 19. Juli 1828 bereits eröffnet, welche Interpretation von uns als die richtige angenommen worden sei. Indessen scheint das Gesetz vom 1. Mai 1830, die Aufhebung der dilatorischen Termine bei den Untergerichten betreffend, in den Artikeln 9 und 10 sub 3 darauf hinzudeuten, daß die Gesetzgebung von einer anderen Ansicht ausgehe und die Competenz der Mittelgerichte noch mehr einschränken wolle, als es in dem angeführten Generale geschehen ist. Dieß hat uns bewogen, den fraglichen Gegenstand nochmals in Berathung zu ziehen, um so mehr, als die Rechtsprechung Gr. Ober-Appellations-Gerichts hierin mit unsrer seitherigen nicht übereinstimmt und die Untergerichte sich aufgefordert fühlen müssen, in zweifelhaften Fällen, und wenn es sich namentlich um ein bloßes Formale handelt, der Ansicht des höchsten Gerichts den Vorzug zu geben. Nach nochmaliger Prüfung der Sache bekennen wir uns nunmehr zu der Ansicht: daß die allegirte Stelle der Proceßordnung nur das eigentliche Rechtsmittel der Restitution gegen Erkenntnisse wegen neu aufgefundener Thatsachen oder Beweismittel, wobei der Implorant den in der Verordnung v. 12. April 1806 regulirten Restitutionseid ableisten muß, vor Augen habe, und daß es hinsichtlich aller Restitutionsarten bei den Grundsätzen des gemeinen Rechts verbleibe. Dieser Auslegung zu Folge werden Sie künftig in den bei Ihnen anhängigen Sachen über alle, nicht als Rechtsmittel gegen eine Sentenz zu betrachtenden Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, namentlich also über das sogenannte beneficium restitutionis in integrum ohne Rücksicht, ob dadurch mittelbar die Hinwegräumung eines Erkenntnisses bezweckt wird, ferner über Restitutionsgesuche wegen neu aufgefundener Thatsachen oder Beweismittel, so lange diese Gesuche nicht contra sententias latas sind, selbst erkennen, und nur das, die Aufhebung einer unterrichterlichen

Digitized by Google

Dabei ist denn auch wohl zu beachten, daß die gemeinrechtliche Doctrin der Rechtsprechung des O.A.Gs. keineswegs zur Stütze dient, denn so wenig scharf auch im Allgemeinen der Begriff des Remedium restitutionis festgestellt wird, so beschränken doch die Rechtslehrer diesen Begriff keineswegs ausschließlich auf die Restitution des G. Bescheids von 1669, lehren vielmehr, daß unter Umständen auch römisch-rechtliche Restitutionen das Rechtsmittel begründen können.

Vgl. z. B. Gensler Arch. f. civ. Pr. Bd. IV. S. 119 ꝛc. eine Auffassung, mit welcher auch z. B. die Rechtsprechung des höchsten Gerichts in Kurhessen zur Zeit als dort in Ansehung des hier in Rede stehenden Punktes noch gemeines Recht galt, harmonirte.

Vgl. Bickell l. cit. S. 129. 180.

§. 10.

Die bisherigen Ausführungen dürften ergeben haben, welch' triftige Gründe der Rechtsprechung des O.A.Gs. entgegenstehen. Es drängt sich nun aber grade deßhalb die Frage auf, wie sich eine solche Rechtsprechung habe bilden können. Der Schlüssel zur Beantwortung dieser Frage liegt augenscheinlich in der Bestimmung der P. O. in Thl. I. Tit. 7. §. 6. Diese schrieb vor, daß das Rechtsmittel der Restitution stets bei den Regierungen (nachmals Hofgerichten) angebracht werden, sonach devolutiv sein solle. Diese vom gemeinen Recht abweichende Bestimmung war unzweckmäßig, und es scheint sich deßhalb das O.A.G. veranlaßt gesehen zu haben, das Rechtsmittel der Restitution auf das möglich kleinste Gebiet einzuengen. Zu diesem Zwecke hielt es sich ausschließlich an die s. g. deutsch-rechtliche Restitution und identificirte nach und nach diese Art der Restitution mit dem Begriff des Remedium.

Die obige Bestimmung der P. O. wurde bereits durch das Gesetz vom 12. Juli 1842 aufgehoben, und das O.A.G. hätte sich nun dem richtigen Begriff des Remedium leicht zuwenden können; die Rechtsprechung hatte sich indessen bereits fixirt und so besteht sie bis

---

Sentenz bezweckende remedium restitutionis ob noviter reperta bleibt unserer Cognition vorbehalten."

Digitized by Google

heute. Es ist indessen gewiß zu wünschen, daß sie verlassen würde. Man könnte freilich einwenden, es sei bedenklich eine jahrelang gepflogne Rechtsprechung, an welche vielfache Consequenzen geknüpft worden seien, aufzugeben, weil hierdurch Vieles, was fixirt gewesen sei, wieder in das Gebiet der Streitfragen gezogen werde. Allein diese Gefahr liegt in Wahrheit nicht vor, sobald man sich nur über den Begriff des bisherigen Remedium und die daraufhin fixirten Grundsätze klar macht. Es ist dann leicht, diese Grundsätze auch bei dem in dieser Abhandlung vertheidigten Begriff des Remedium und einer darauf gestützten systematischen Anordnung beizubehalten. Ohnehin sind manche bezüglich des Remedium fixirten Grundsätze von der Art, daß sie unbedenklich auch auf die einschlägigen Fälle des Beneficium restitutionis Anwendung finden sollten.

Ich will hier die wesentlichsten bezüglich des Remedium festgestellten Grundsätze aufführen:

1) Die VO. vom 12. April 1806 bestimmt, wie früher bemerkt, daß die ignorantia facti, sowie die Unmöglichkeit der Herbeischaffung nur dann als Restitutionsgrund gegen Urtheil tüchtig sein solle, wenn der fragliche Verhinderungsgrund bis zum Urtheil gedauert habe.

Dieser Satz ist eigentlich nur eine allgemeine Anwendung des Princips, daß die Restitution nicht stattfindet, sofern der Lädirte die Läsion hätte vermeiden können, und er muß streng genommen bei jedem Restitutionsgesuch, jedenfalls aber bei dem error juris[8]), wo dieser gegen Urtheil in Anspruch genommen wird und nach der Rechtsprechung das Beneficium restitutionis vorliegt, Anwendung finden. Will man jenen Grundsatz aber auch als einen ganz eigenthümlichen ansehen, so steht doch nichts im Wege, ihn lediglich auf die Restitutionsfälle der VO. von 1806 anzuwenden.

2) Das O.A.Gs-Präjudiz 162 bestimmt, daß die Zulassung zu dem in der VO. vom 12. April 1806 bestimmten Eide: „daß Impetrant vor der richterlichen Entscheidung von dem

[8]) Vgl. S. 21 Note 11, insbes. S. 67.

Digitized by Google

neuen Einbringen nichts gewußt habe, dann nicht stattfinde, wenn dem Restitutions-Imploranten in Bezug auf sein früheres Nichtwissen des neuen Einbringens eine grobe Fahrlässigkeit zur Last falle. Dieß ist nun aber ein bei der ignorantia und dem error ganz allgemeines Requisit, jeder Irrthum muß entschuldbar sein, er ist dieß aber nie, wo dem Irrenden eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

3) Die VO. von 1806 enthält die Bestimmung, daß der Restitutionsgrund der ignorantia und der Unmöglichkeit der Herbeischaffung einzig und allein durch den Eid des Imploranten bescheinigt werden könne. Diese Bestimmung darf zwar nicht ausgedehnt werden, allein sie kann füglich in der systematischen Darstellung bei Behandlung der Bescheinigung des Restitutionsgrundes Berücksichtigung finden. Ohnehin wird die Bescheinigung eines error juris, wo er Wirksamkeit äußert, praktisch fast immer durch den offerirten Eid des Imploranten dargethan werden müssen.

4) Die Competenzbestimmungen des Gesetzes vom 12. Juli 1842 sollten auf jede Restitution gegen Urtheil Anwendung finden, zumal dieselben eigentlich ganz dem gemeinen Rechte und resp. der Natur der Sache entsprechen.

5) Im Wesentlichen Gleiches gilt von der Bestimmung des O.A.Gs-Präjudices 74, welchem zu Folge gegen Dekrete, wodurch das auf neue Thatumstände gestützte Rechtsmittel der Restitution wider ein vorliegendes Urtheil ohne vorherige Vernehmung der Gegenparthie als unbegründet abgeschlagen wird, der Recurs in die höhere Instanz nur vermittelst eines der gewöhnlichen Impugnativmittel unter Beobachtung der dafür gesetzlich vorgeschriebenen Formalien und Fatalien und nicht auf dem Wege der Extrajudicialbeschwerde stattfindet; denn wenn man den in dem fraglichen Präjudiz aufgestellten Grundsatz überhaupt für richtig hält, vgl. jedoch §. 78 Note 1, so liegt durchaus kein Grund vor, ihn bei dem gegen Urtheil gerichteten Beneficium nicht ebenfalls eintreten zu lassen.

Alle diese Bestimmungen hindern also eine Aenderung der Rechtsprechung nicht.

Digitized by Google

In der Anlage ist das Gebiet des s. g. Remedium rest. im Verhältniß zu demjenigen des Beneficium tabellenartig zur Anschauung gebracht. Eine solche dem körperlichen, wie dem geistigen Auge leicht faßbare Darlegung spricht beinahe klarer gegen die Haltbarkeit der angegriffenen Rechtsprechung, als es rechtliche Deductionen zu thun vermögen.

Digitized by Google

Tabellarische Uebersicht

des Gebietes des Remedium und Beneficium restitutionis.

Digitized by Google

Restitution gegen positive Handlungen.

Restitution gegen einfachen Fristablauf und gegen Contumacialerkenntniß.

Zwang.	Error.		Dolus.	Umstand, daß eine Parthie durch einen Vertreter handelt.	
					Versehen des öffentlichen Anwalts.
	Restitution wegen irrigen Geständnisses.	Sonstige Restitution wegen Irrthums		Minor aetas und Ausdehnungen.	Irrthum. / Nachlässigkeit.

Restitution gegen Urtheil.

	Für das Remed.: 20. 21. 19; dagegen: 22. 15.			1. 30. 29. 26. 38. 62.	Für das Rem.: 34. 36; dagegen: 37. 38. / 62. Archiv f. pr. R. W. N. F. Bd. II. S. 204.

Unzweifelhaftes Gebiet des Remedium der Rechtsprechung. — Zweifelhaftes Gebiet desselben. — Gebiet des Beneficium.

NB. Die Zahlen beziehen sich auf die Belege.

Digitized by Google

Entschuldigendes Hinderniß.					Umstand, daß eine Parthie durch einen Vertreter handelt.	
Error und ignorantia		Unmöglichkeit der Herbeischaffung		Sonstiges Hinderniß.	Minor aetas und Ausdehnungen.	Versehen des öffentlichen Anwalts.
facti (Unkenntniß von Thatsachen, Zeugen oder Urkunden.)	juris	von Zeugen oder Urkunden.	von sonstigem Material.	8.		
	Für das Benef.: 15. 16. theilweise für das Remed. 17.				1. 38. 62.	55. 62. vgl. jedoch auch 52.
Vgl. Note *		Vgl. Note *				

*) Selbst diese, an sich unzweifelhaften Gebietstheile (vgl. bezüglich der ignorantia facti: Beleg 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21; bezüglich der Unmöglichkeit der Herbeischaffung: Beleg 23. 64) werden in das Zweifelsgebiet herübergezogen, wenn mit dem Restitutionscausale der ignorantia facti resp. der Unmöglichkeit der Herbeischaffung ein sonst nur das Beneficium begründendes Restitutionscausale verbunden wird (vgl. insofern §. 6 der Beilage).

Digitized by Google

Digitized by Google

Die

gemeindeutsche Civilprozeß-Restitution,

systematisch dargestellt

von

Wilhelm Heinzerling,
Großherzogl. Hessischem Landgerichts-Assessor in Zwingenberg a. d. B.

Belege.

Darmstadt 1866.
Verlag von F. L. Schorkopf
(Köhler's Buch-, Kunst- und Musikalienhandlung.)

Digitized by Google

Druck der L. C. Wittich'schen Hofbuchdruckerei in Darmstadt.

Digitized by Google

Vorbemerkung.

Die vorliegenden „Belege“ enthalten im Allgemeinen Entscheidungen und Verfügungen des Oberappellationsgerichts in Darmstadt. Nur die Nummern 6. 9. 11. 32. 35. 37. 49. 50. 51. 54 68. beziehen sich auf Rechtsfälle, welche bei den Hofgerichten in Darmstadt und Gießen ihre endliche Erledigung gefunden haben. Unter Nummer 56 ist der wesentlichste Theil eines Ausschußberichts der zweiten Kammer der hessischen Landstände zu einem wichtigen Gesetze wiedergegeben, welcher nicht nur sichere Anhaltspunkte für die Auslegung dieses Gesetzes, sondern auch sonst eine klare Einsicht in die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts in Ansehung der Competenzfrage gewährt.

Bezüglich der Behandlung der einzelnen Rechtsfälle ist im Auge zu behalten, daß diese einen integrirenden Bestandtheil der

Digitized by Google

systematischen Bearbeitung bilden. Hieraus wird sich nicht nur die gewählte Reihenfolge, sondern insbesondere auch die Art der Darstellung erklären und rechtfertigen. In letzterer Hinsicht ist weniger auf gefällige Abrundung, als auf getreue Wiedergabe des Gangs des Rechtsfalls und der Ausführungen der Referenten gesehen worden.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

L.Nr.		Seite.
1.	Zielsch ca. Babenhausen. Dreifaches Restitutionsgesuch einer Gemeinde, gerichtet:	
	I. auf Restitution gegen den Ablauf der Frist zur Erklärung auf Schadensliquidation.	
	Minderjährige haben in Ansehung der Handlungen und Unterlassungen öffentlicher Sachwalter keinen besonderen Anspruch auf Restitution. Nachbringung der versäumten Handlung.	
	II. auf Restitution gegen den Ablauf der Frist zur Erklärung auf die Hauptklage behufs Einbringung der exceptio restitutionis gegen die Hauptklage.	
	Erheblichkeit der betr. Einrede. Minderjährige werden propter iniquitatem sententiae nicht restituirt. Beneficium und Remedium restitutionis. Richtung des ersteren, wenn mehrere Urtheile nach der ursprünglichen Läsion erlassen sind. Quadriennium. Nichtanwendbarkeit des Gem. Bescheids vom 22. Mai 1816 und der Restitutionsbittfrist des Gesetzes vom 1. Mai 1830. Das Quadr. läuft a die scientiae laesionis. Die Wissenschaft des Vorstandes gilt als Wissenschaft der juristischen Person, auf den Wechsel der Administratoren kommt Nichts an. Ablauf des Quadriennium ist von Amtswegen zu respiciren.	
	III. auf Restitution gegen das der Klage zu Grund liegende Geschäft selbst	1

Digitized by Google

O. Nr.		Seite.
2.	Müller ca. Ehemann.	Ist Restitution nothwendig, wenn eine vor dem Urtheil neu entstandene Einrede nach rechtskräftigem Urtheil geltend gemacht wird? 7
3.	Isenburg ca. Hofmann.	Privilegirte Einreden erkennt die hess. Rechtsprechung im Allgemeinen nicht an. Folgeweise Nothwendigkeit der Restitution 9
4.	Geinsheim ca. Isenburg.	Das einzubringende Material muß erheblich sein. Anwendung, wenn beim Remedium Acten als neu aufgefundenes Beweismittel bezeichnet werden . 10
5.	N. Mörlen ca. Fiskus.	Restitutionsgesuch einer Kirche wegen unterlassener Vorschützung der nominatio auctoris abgeschlagen. 10
6.	Röder ca. Volk.	Restitution gegen den Ablauf der Beweisfrist wegen eines Rechtsirrthums in Verbindung mit einer durch einen Todesfall erschütterten Gemüthsstimmung und unzweckmäßiger richterlicher Verfügung 11
7.	Steinmetzenfels resp. v. Schmittburg ca. Mauchenheim.	Restitutionsgesuch gegen Versäumung der durch VO. vom 12. Januar 1807 zur Reassumtion reichsgerichtlicher Prozesse vorbestimmten einjährigen Frist gestützt auf Abwesenheit, Unkenntniß der fraglichen VO. und Nichtwissenschaft von der Existenz und dem Stand des Prozesses.
		Entschuldbare Rechtsunkenntniß Restitutionsgrund. Beginn des Quadrienniums 12
8.	Mainzer Erben ca. Schmuttermeier.	Restitutionsgesuch gegen Versäumung der Erklärungsfrist und rechtskräftiges Contumacialerkenntniß gestützt auf Krankheit.
		Der Kranke ist im Allgemeinen nicht verpflichtet, sich vertreten zu lassen. Entschuldigung bezüglich der Erklärungsfrist hat auch Restitution gegen das Contumacialerkenntniß im Gefolge 13
9.	Arnoldi ca. Jakobi.	Restitutionsgesuch gegen rechtskräftiges Erkenntniß zur Aenderung der Einlassung und Nachbringung der Einrede der Zahlung wegen früheren Irrthums resp. Nichtkennens.
		Positiver Irrthum, Ungewißheit, Nichtwissen. Frage der Entschuldbarkeit dieser Zustände und der daraus geflossenen Handlungen und Unterlassungen . . . 14

Digitized by Google

O.Nr. Seite.

10. Harpertshausen ca. Funk. Restitutionsgesuch einer Gemeinde wegen versäumter Einrede der (annalen) Klagverjährung.

Die rest. minorum steht den Gemeinden nicht mehr zu. Angebliche Rusticität des Bürgermeisters kein Restitutionsgrund. Rechtsirrthum wird nicht berücksichtigt, wenn Rechtsbelehrung möglich war. Restitutionsgründe, in früherer Instanz nicht geltend gemacht, werden nicht berücksichtigt 17

11. Hüter ca. Schwarz. Restitution wegen eines früher nicht gekannten Zeugen nach abgelaufener Beweisfrist, ergangenem Erkenntniß über Zulassung der Beweismittel und erfolgter Zeugenvernehmung.

Beneficium, nicht Remedium restitutionis. Die Restitutionsbittfrist von 14 Tagen läuft hier nicht. Die Restitution ist nur zulässig, wenn die Ignoranz bis zur Zeugenvernehmung (nach gem. Recht bis zur Eröffnung des Zeugenrotulus) gedauert hat, wobei es auf diejenigen Zeugen ankommt, welche gerade über die Punkte vernommen worden sind, über die der neue Zeuge aussagen soll 19

12. Roth ca. Dietrich. Restitutionsgesuch nach abgelaufener Beweisfrist, stattgehabter Zeugenvernehmung und Erkenntniß über das Resultat der Beweisführung zum Zweck der Zulassung früher nicht gekannter Zeugen.

Remedium und Beneficium restitutionis. Sollen nach stattgehabter Zeugenvernehmung neu aufgefundene Zeugen eingebracht werden, so muß die Nichtkenntniß der Zeugen bis zur Zeugenvernehmung gedauert haben. Ist Erkenntniß über das Resultat der Beweisführung ergangen, so kann, um neu aufgefundene Zeugen einzubringen, nur das Remedium rest. benutzt werden und ist also die Fortdauer der Nichtkenntniß bis zum Urtheil (Rechtskraft) zu behaupten, der Restitutionseid der BO. von 1806 zu offeriren und das Petitum namentlich auch auf Rescission des Urtheils zu richten 20

13. Korsmann ca. Janus. Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse, gestützt auf frühere Nichtkenntniß von Einreden und Beweismitteln.

Remedium und Beneficium restitutionis. Quadriennium, Berechnung von der weggefallenen Ignoranz.

Digitized by Google

O.Nr. Seite.

VO. vom 12. April 1806. Auslegung der Worte „vor der gerichtlichen Entscheidung" beim Restitutionseid. Gegen welches der erlassenen Urtheile geht die betr. Restitution? Einfluß der Rechtskraft auf die Eidesformel 23

14. Feigel ca. Werner. Restitutionsgesuch gegen ein rechtskräftiges Urtheil gestützt auf angebliche Nova.

Das neue Einbringen muß erheblich sein. Wird das neue Einbringen aus einem bestimmten, in anderen Acten befindlichen Protokoll hergeleitet, und hat sich Implorant ausdrücklich auf dieses bezogen und um Adregistrirung gebeten, so kann dieses Protokoll sofort in richterliche Beurtheilung gezogen werden. Angebliche Nichtkenntniß ist kein Restitutionsgrund, wenn Implorant das neue Einbringen früher gekannt haben muß. Der Restitutionseid der VO. vom 12. April 1806 ist Bescheinigungsmittel. Dem Imploraten steht Gegenbeweis zur Verhütung des Eides zu in der Richtung, daß Implorant einen Meineid ableisten würde 29

15. Schönberger Ehefrau ca. Reimherr. Restitutionsgesuch einer Frau nach rechtskräftigem Erkenntniß wegen Unkenntniß der exceptio SCti Vellejani.

Remedium und Beneficium. Beweis der Ignorantia . 33

16. Wenzel Wtw. ca. Homberger. Restitutionsgesuch einer Frau zur Einbringung der exceptio cedendarum actionum nach rechtskräftigem Erkenntniß gestützt auf ignorantia.

Remedium, oder Beneficium? Nach dem Gem. Besch. v. 1669 und der VO. v. 12. April 1806 sind nur neue Thatsachen (im Gegensatz zu nova in jure) zulässig. Frauen sind in Ansehung des Rechtsirrthums nur in den in den Gesetzen ausdrücklich bemerkten Fällen privilegirt. Privilegirte Einreden kennt die hessische Rechtsprechung im Allgemeinen nicht 40

17. Isbstein ca. Cleve. Restitutionsgesuche zur Einbringung der Einrede der Wechselverjährung im Executivprozeß nach rechtskräftigem Enderkenntniß, gestützt auf frühere Nichtkenntniß dieser Einrede.

Remedium und Beneficium restitutionis. Rechtsunkenntniß (Unkenntniß inländischen und ausländischen Rechts) als Restitutionsgrund. Beneficium novorum nicht zulässig, um eine neue Einrede einzubringen. Er-

Digitized by Google

O.Nr. Seite.

heblichkeit der Einrede. Voraussetzung der Restitution. Häufung des Remedium und Beneficium restitutionis. Nichtanwendbarkeit der Restitutionsbittfrist des Gesetzes vom 1. Mai 1830 bei Rest. wegen neuer Einreden. Quadriennium restitutionis 42

18. Forstfiskus ca. Hering. Restitutionsgesuch gerichtet auf Einbringung früher nicht gekannter Zeugen nach rechtskräftigem Erkenntniß über Zulassung der Beweismittel und erfolgter Zeugenvernehmung.

Remedium, oder Beneficium rest.? Inwiefern muß angeführt werden, worüber die Zeugen vernommen werden sollen? Zur Herstellung der Läsion ist Wahrscheinlichkeit der Erheblichkeit der Zeugenaussagen nicht erfordert. Muß auch behauptet resp. beeidigt werden, daß der Anwalt der Parthie von den nova keine Kenntniß gehabt habe? Mangel der culpa bezüglich der ignorantia braucht nicht ausdrücklich behauptet zu werden. Das Requisit des Gesetzes vom 1. Mai 1830 bezüglich der Contumacialkosten hier nicht anwendbar. Möglichkeit der Verfolgung selbstständiger Rechtsmittel gegen Entscheidungen über das Beneficium restitutionis . . 53

19. Lammert ca. Katzenmeiers Wtw. Restitutionsgesuch zum Zwecke der Aenderung der Litiscontestation nach rechtskräftigem Erkenntniß gestützt auf neu aufgefundene Thatsachen.

Remedium, oder Beneficium restitutionis? Beginn des Quadriennium. Beeidigung des Nichtablaufs . 59

20. Weber ca. Plitt. Rücknahme eines gerichtlichen Geständnisses nach rechtskräftigem Beweiserkenntniß wegen Irrthums.

Remedium und Beneficium restitutionis. Restitutionseid der VO. v. 12. April 1806 62

21. Kugler Erben ca. Breidenbach Erben. Restitutionsgesuch gerichtet auf Zurücknahme eines in den Beweisartikeln vorgetragenen irrigen factischen Vorbringens, auf dessen Grund ein Zeuge als testis in re propria rechtskräftig verworfen worden war.

Läsion. Remedium, oder Beneficium restitutionis? Nach erlassnem Urtheil ist förmliche Restitution nöthig. Der Irrthum muß bis zum Urtheil gedauert haben. Cumulation mit der Restitution wegen Minderjährigkeit. Entschuldbarkeit des Irrthums. Der Irrthum kann nur durch den Restitutionseid bescheinigt werden. Neben dem

Digitized by Google

O.Nr. Seite.

Restitutionseid ist der Beweis der Unrichtigkeit des Vorbringens erfordert. Die Praxis restituirt schon nach abgeleistetem Restitutionseid. Minderjährige sind von Ableistung des Restitutionseides frei. Minderjährigkeit und Läsion müssen erwiesen werden 70

22. Emig ca. Schneider. Restitutionsgesuch gerichtet auf Aenderung eines in der Exceptionalhandlung abgegebenen Vorbringens, welches Kläger zum Klaggrunde erhoben hatte, nach rechtskräftigem Urtheil gestützt auf neu aufgefundene Thatsachen.

Remedium, oder Beneficium? Nichtentschuldbarkeit des Irrthums 77

23. Engelrod ca. Kirchenkasten. Restitution einer Gemeinde gegen Ablauf des Appellationsfatales und gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gestützt auf das Auffinden bekannt gewesener Urkunden.

Normirung des Restitutionseides im Falle, wo an sich bekannte Urkunden aufgefunden werden. Collision zwischen privilegirten Personen 79

24. Gürtler ca. Breidenbach. Restitutionsgesuche gegen den Ablauf der Appellationsfatalien, gestützt:

I. auf Minderjährigkeit der durch den Vater bezüglich des peculium adventitium vertretenen Kinder.

Fatalienversäumung ist an sich schon Läsion. Minderjährige werden restituirt ohne den Vater oder Vormund ausgeklagt zu haben und kann der Vater oder Vormund selbst die R. nachsuchen. Minderjährigkeit ist nöthigenfalls zu erweisen. Collision der Rechte Privilegirter. Bedeutung der Subsidiarität der Restitution. Restitution Minderjähriger kommt den Volljährigen nur zu gut, wenn das Object untheilbar ist.

II. auf Verschulden des öffentlichen Anwalts.

Vollstreckenlassen des Urtheils involvirt unter Umständen Verzicht auf Restitution.

III. auf den Umstand, daß der Vater für den volljährigen Sohn prozessirt und es sich um ein peculium adventitium handelt . . 81

Digitized by Google

O.-Nr.		Seite.
25. v. Breidenstein ca. Schlierbach.	**Restitution Minderjähriger gegen sententiae iniquae findet nicht statt**	83
26. Lanzenhain ca. Riedesel.	**Restitutionsgesuche zur Beseitigung eines condemnatorischen Urtheils und des die Restitution abschlagenden Erkenntnisses.** Restitution mit Revision gehäuft. Gegen ein die Restitution abschlagendes Erkenntniß sind im Allgemeinen nur ordentliche Rechtsmittel zulässig und die Wiederholung des Restitutionsverlangens gegen das ursprüngliche Erkenntniß ist nur unter der Voraussetzung statthaft, daß das erneuerte Gesuch rechtlich ein anderes ist (novae defensiones darin sind). Minderjährige werden wegen iniquitas einer Sentenz nicht restituirt, auch sie können folgeweise eine die Restitution abschlagende Verfügung nur mit ordentlichen Rechtsmitteln anfechten	84
27. Geinsheim ca. Isenburg.	**Restitution, der Minderjährigen resp. der denselben Gleichgestellten wegen materieller Fehlsicht des öffentlichen Anwalts wird nicht ertheilt** . .	85
28. Hofmann ca. Isenburg.	**Restitution gegen den Ablauf einer Frist gestützt auf Versäumung der Mutter als natürlicher Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder.** Minderjährige Kinder sind gegen Versäumungen ihrer Mutter in einem für sie als natürliche Vormünderin geführten Prozesse zu restituiren	85
29. Fiskus ca. Pällnitz.	**Restitution der Minderjährigen wegen iniquitas einer Sentenz findet nicht statt** . . .	86
30. Fiskus ca. Lich.	**Restitutionsgesuch des Fiskus zur Beseitigung stillschweigender Geständnisse seines Kammer-Anwalts nach ergangenem Urtheil, gestützt auf die jura minorum und den den Parthieen überhaupt gegen Geständnisse der öffentlichen Anwälte gewährten Schutz**	87
31. Lynker ca. Koch Erben	**Unrichtige factische Angaben der öffentlichen Anwälte.** Sofortige Berichtigung. Widerruf. Restitution .	90
32. Ulmer ca. Rodenheber.	**Beseitigung eines stillschweigenden Zugeständnisses des öffentlichen Anwalts, gestützt auf die Behauptung, daß die Parthie erst innerhalb der letz-**	

Digitized by Google

O.Nr. Seite.

ten drei Tage Kenntniß von dem Zugeständniß erhalten habe.

Analoge Anwendbarkeit der c. 3. C. 2. 10 auf bevollmächtigte Sachführer. Das dreitägige Berichtigungsrecht greift Platz ohne Rücksicht, ob ein eigentlicher Irrthum des Anwalts, oder ein Versehen desselben das Zugeständniß veranlaßt hat. Beweis der Einhaltung des Triduums 91

33. Hofferberth u. Eckert ca. Löwenstein u. Erbach. Partielle Versäumung negativer Litiscontestation durch den öffentlichen Anwalt im Glauben, genereller Widerspruch genüge, und dadurch veranlaßtes nachtheiliges Urtheil.

Eignet sich diese Art der Läsion zu einem Widerruf ohne förmliche Restitution? Die Möglichkeit des Widerrufs in der Appellationsinstanz steht unter den Grundsätzen des beneficium novorum. Die Restitution zum Zweck des Widerrufs eines Geständnisses gehört im Allgemeinen in die erste Instanz, auch wenn die sententia a qua nicht durch das Geständniß motivirt ist, aber motivirt hätte sein sollen. Formelle Requisite eines auf die Rücknahme eines solchen Geständnisses gerichteten Restitutionsgesuchs. Läsion. Prüfung der causa restitutionis — Rechtsirrthum und materielle Fehlsicht des öffentlichen Anwalts 94

34. Oppenheimer und Meier ca. Aufholz. Restitutionsgesuch nach erfolgter rechtskräftiger Abweisung der Klage gestützt darauf, daß der öffentliche Anwalt gegen oder doch ohne Instruction irrige factische Zugeständnisse gemacht habe, welche die Abweisung der Klage veranlaßt hätten.

Remedium, oder Beneficium restitutionis? Prüfung der Tüchtigkeit der fraglichen causa. Ein irriges Geständniß des öffentlichen Anwalts kann nach rechtskräftigem Urtheil nur mit dem Remedium rest. angegriffen werden und die Parthie muß also beeidigen, daß sie das irrige Zugeständniß erst nach der Rechtskraft des Urtheils erfahren habe 98

35. Großmann ca. Odenheimer. Widerruf eines von einem öffentl. Anwalt abgelegten (fingirten) Eingeständnisses einer gegnerischen Klagbehauptung vor erlassenem Urtheil.

Widerruf innerhalb des Triduum. Beweis der Ein-

Digitized by Google

O.Nr.		Seite.
	haltung des Triduum. Ist strenge Beweisführung erfordert, oder ist der offerirte Eid zulässig? . .	101
36. Wallhaus ca. Riebesel.	Einräumung der Aechtheit einer gegnerischen Beweisurkunde durch den öffentlichen Anwalt und nachgefolgtes ungünstiges rechtskräftiges Erkenntniß. Allgemeine Grundsätze über den Widerruf von Geständnissen der öffentlichen Anwalte. Nach eingetretener Rechtskraft kann nur im Wege förmlicher Restitution und zwar nur der deutsch-rechtlichen geholfen, es muß also behauptet und beeidigt werden, daß die Parthie das irrige Geständniß erst nach der Rechtskraft erfahren habe. Schuldlosigkeit der Parthie . . .	103
37. Köhl ca. Kösterus.	Beseitigung einer affirmativen Litiscontestation nach rechtskräftigem Beweisinterlocut auf Grund des Irrthums des öffentlichen Anwalts . .	105
38. Schäfer ca. Kraus.	Restitutionsgesuch gegen rechtkräftiges Beweisinterlocut zum Zweck der Aenderung einer vom Anwalt unrichtig ponirten Replik, gestützt auf Versehen resp. Irrthum des Anwalts und Minderjährigkeit zweier Kläger, sowie zur Nachbringung der Replik der Unmündigkeit wegen minor aetas. Zulässigkeit des früheren Anwalts. Remedium, oder Beneficium restitutionis? Competenz. Irrthum des öffentlichen Anwalts in Bezug auf factische Angaben ist Restitutionsgrund	107
39. Verschiedene Sachen.	Versehen des öffentlichen Anwalts als Restitutionsgrund	111
40. Verschiedene Sachen.	Die Vorschrift des Gem. Besch. vom 9. März 1807 (vgl. mit O.A.GsRescript v. 9. Jan. 1817) und das Ges. v. 1. Mai 1830, Art. 12, wonach der säumige Anwalt nicht mehr zur Prozeßführung zugelassen werden soll, leidet auch auf den Fiscalanwalt und den Syndicus piorum corporum Anwendung und sie gilt auch, wenn der Gegner die Restitution nachgibt	113
41. Verschiedene Sachen.	Haftbarkeit des öffentlichen Anwalts für die Versehen seiner Scribenten	115

Digitized by Google

O.Nr. Seite.

42. Kröll ca. Nickel. **Restitution zum Zwecke der Zurücknahme eines zugeschobenen und angenommenen Haupteides.**

Bedingungen einer solchen Zurücknahme überhaupt und wenn sie auf minor aetas gestützt werden will . 116

43. Merle ca. Kunz. **Restitutionsgesuch gegen einen acceptirten Haupteid zur Verhütung des Meineids.**

Die Restitution kann nur auf Grund neu aufgefundener Beweismittel erlangt werden. Eine mit der Klage übergebene Urkunde kann später keinesfalls als neuaufgefunden angesehen werden, auch wenn sich Implorant zum Restitutionseid erbietet. Ist der Meineidsbeweis nicht vollständig erbracht, so kann der Eid nicht nochmals deferirt, auch nicht auf ein juramentum legale erkannt werden. Die erfolgte Annahme des Schiedseides hindert an sich nicht die Restitution zum Behuf der Verfolgung von Appellation gegen das Beweiserkenntniß. Quadriennium 118

44. Ibstein ca. Oestreich. **Restitutionsgesuch behufs Zurücknahme eines acceptirten Schiedseids. Remedium, oder Beneficium restitutionis?**

Ein auf Rücknahme eines Haupteides gerichtetes Rest.gesuch ist verwerflich, wenn aus dem Vorbringen des Restitutionsimploranten nicht geschlossen werden kann, daß Implorat einen Meineid schwören würde. Abweisung des Gesuchs wegen mangelnder Competenz durch das Hofg. hindert das O.A.G. nicht, auf das Materielle des Restitutionsgesuchs einzugehen . . 120

45. Lichtenstein ca. Koch. **Restitutionsgesuch gerichtet gegen einen abgeschwornen Schiedseid und das darauf erfolgte Erkenntniß, sowie gegen die auf das letztere gebaute neue Entschädigungsklage, auf Grund angeblichen Meineids.**

Remedium, oder Beneficium? Unzulässigkeit der Uebertragung der in einem Prozesse ertheilten Restitution auf einen anderen, wenn auch conneren Prozeß 124

46. Lang ca. Müller. **Restitutionsgesuch gerichtet gegen ein den Beklagten zum Erfüllungseid bezüglich einer Einrede zulassendes rechtskräftiges Erkenntniß.**

1) Möglichkeit der Anfechtung eines ausgeschwornen nothwendigen Eides nach römischem Recht und

Digitized by Google

O.Nr. Seite.

Verhinderung eines solchen auf Grund neuer Beweismittel.

2) Möglichkeit der Anfechtung nach hessischem Recht. Die Hess. P. O. Th. II Tit. 5 §. 2 handelt zwar nur vom freiwilligen Schiedseid, ist aber analog auf den nothwendigen Eid, der rechtskräftig zuerkannt ist, herüber zu ziehen. Zur Anfechtung in diesem Sinn ist erfordert der Beweis des drohenden Meineids und zwar durch neu aufgefundene Urkunden oder Zeugen. Ein desfallsiges Restitutionsgesuch ist zu verwerfen, wenn es nach Lage der Akten und resp. der neuen Meineidsbeweisantretung gewiß ist, daß der Meineidsbeweis nicht erbracht werden kann 126

47. Flath ca. Anthes. Restitutionsgesuch zur Verhütung eines Erfüllungseides des Beklagten.

Nothwendigkeit des Meineidsbeweises. Eintritt derselben 128

48. Hartmann ca. Hartmann. Restitutionsgesuch zur Verhinderung eines den Klägern zuerkannten Erfüllungseides.

Remedium, oder Beneficium? Competenz des höheren Gerichts, welches reformatorisch erkannt hat, ist von Amtswegen zu wahren. P.O. Thl. II. Tit. 5 §. 2 ik. Analoge Anwendbarkeit auf den nothwendigen Eid 130

49. Wolf ca. Mager. Restitutionsgesuch gegen ein den Widerkläger zum Erfüllungseid zulassendes Erkenntniß.

O.A.GsPräj. 37 erst mit eingetretener Rechtskraft anwendbar. Das Vorhandensein der Rechtskraft ist nach der Einreichung des Gesuchs zu beurtheilen. Die Thatsachen, worüber die Zeugen vernommen werden sollen, sind genau anzugeben. Bedeutung des Ausdrucks der VO. v. 1806 „vor Erlaß" des Urtheils . 132

50. Kahn ca. Rauch. Restitutionsgesuch gegen ein dem Beklagten den Reinigungseid zuerkennendes rechtskräftiges Urtheil.

Meineidsbeweis ist dann noch nicht erfordert, wenn sich der Beweisführer eventuell Eidesdelation vorbehalten hat. P.O. Th. II. Tit. 5. §. 2. O.A.GsPräj. 36 und 37. HofGsPräj. 98 133

51. Goldschmidt ca. Hunkel. Restitutionsgesuch gegen ein dem Kläger den Reinigungseid rechtskräftig zuerkennendes Urtheil bei vorbehaltener Eidesdelation.

Wann tritt die Nothwendigkeit des Meineidsbeweises ein? Begründung des desfallsigen Gesuchs . . 133

Digitized by Google

O.Nr. Seite.

52. Isenburg ca. Sprendlingen. Restitutionsgesuch gegen ein die Klägerin zum Erfüllungseid zulassendes rechtskräftiges Urtheil, gestützt darauf, daß die nachträglich beigebrachten Beweismittel erst nach Ablauf der Beweisfrist aufgefunden worden seien, dann aber der Anwalt versäumt habe, solche vor dem Urtheil einzubringen.

Rechtsmittel gegen die das Gesuch abweisende Verfügung. Remedium und Beneficium rest. cumulirt. O.A.GsPräj. 37 und dessen Anwendbarkeit auf den concreten Fall. Das Nichtdienlicherachten ist für Hessen kein Restitutionsgrund mehr. Nothwendigkeit ausdrücklicher Behauptung des drohenden Meineids . . 135

53. Isenburg ca. Haingründau. Voraussetzungen der Retractatio juramenti und Folgen derselben 138

54. Heerdt ca. Horst. Restitution zur Beseitigung eines abgeschworenen Schiedseids und des darauf gebauten Urtheils.

Die Anfechtung ist gestattet, wenn vollständig erwiesen wird, daß der Delat wissentlich falsch geschworen habe, und ist dieselbe nach den Grundsätzen des durch die VO. vom 12. April 1806 regulirten Remedium rest. zu beurtheilen. Unmöglichkeit der Herbeischaffung von Beweismitteln. Beginn des Quadriennium . 139

55. Wallhaus ca. Riebesel. Restitutionsgesuch nach rechtskräftigem, auf einen nothwendigen (Erfüllungs-) Eid erkennendem Urtheil zur Einbringung verschiedener, von dem öffentlichen Anwalt versäumter Beweismittel.

Remedium und Beneficium restitutionis. O.A.Gs.-Präj. 37. Anwendbarkeit desselben auf den concreten Fall. Restitutionsbittfrist. Contumacialkosten. Versäumniß des öffentlichen Anwalts als Restitutionsgrund. Relevanz der Beweismittel 140

56. Ausschuß-Bericht. Bericht des II. Ausschusses II. Kammer über den Gesetzesentwurf, den Devolutiveffect des Rechtsmittels der Restitution (Beil. Nr. 104) betr.; erstattet von dem Abgeordneten Lotheißen. Beil. Nr. 187 zum 46. Protokoll vom 30. April 1842 . 143

Digitized by Google

O.Nr. Seite.

57. Kauß ca. Kauß. Restitutionsgesuch gegen Ablauf des Beweistermins und das darauf gefolgte rechtskräftige Contumacialerkenntniß.

Die rechtskräftige Beweisauflage des „Nachweisens" schließt die Zulässigkeit von „Bescheinigung" nicht aus. Der offerirte Eid ist in Restitutionssachen ein allgemein zulässiges Bescheinigungsmittel 149

58. Silbereisen ca. Bickes. Restitution gegen den Ablauf der Appellationsrechtfertigungsfrist wegen Verschuldens des öffentlichen Anwalts.

Nichterklärung der Rest.bittfrist durch den versäumt habenden Anwalt ist Rest.grund. Bei der Restitution gegen eine die Fristerstreckung abschlagende Verfügung ist der Umstand, daß die Erstreckung eigentlich hätte bewilligt werden sollen, besonders zu beachten und bei der Restitution zur Erlangung der Appellationsbefugniß ist auch das Materielle der Beschwerde zu berücksichtigen 130

59. Boh ca. Weith. Für das Erbitten der Restitution gegen den Ablauf der 14tägigen Restitutionsbittfrist läuft nicht abermals eine Restitutionsbittfrist . . . 152

60. Jäger ca. Pfeifer. Die 14tägige Restitutionsbittfrist des Gesetzes vom 1. Mai 1830 ist erstrecklich . . . 153

61. Müller ca. Spachbrücken. I. Restitutionsgesuch zum Zwecke der Einbringung eines directen Gegenbeweises.

Das durch die Gegenbeweismittel Nachzuweisende muß sich im Verhältniß zum Vorbeweis als wahrer Gegenbeweissatz darstellen.

II. Wiederholung eins Restitutionsgesuchs.

Bedingungen einer solchen. Quadriennium beim Remedium rest. propter noviter reperta. Gegenbeweis gegenüber dem Restitutionseid der V.O. von 1806 153

62. Glöckner-stelle zu Rennkirchen ca. Jost. Restitutionsgesuch zur Einbringung von Urkunden nach rechtskräftig für verfehlt erkanntem Beweise, gestützt auf Versäumung des Syndikus und das Privileg der Minderjährigen.

Remedium und Beneficium restitutionis. Requisite eines Rest.gesuchs nach dem Gesetze vom 1. Mai 1830 —

*

Digitized by Google

O.Nr.		Seite.
	Bescheinigung, Wahrung der Restitutionsbittfrist (Anwendbarkeit der letzteren auf Minderjährige und die ihnen Gleichgestellten), Contumacialkosten . . .	156
63.	Wetzel ca. Eins. v. Melbach. **Berechnung des Quadriennium bei der Restitution propter noviter reperta . . .**	158
64.	Staatsschatz zu Kassel ca. Bingenheim. **Restitutionsgesuch gegen rechtskräftiges Erkenntniß, gestützt auf die Unmöglichkeit der Herbeischaffung von Akten.** Remedium, oder Beneficium restitutionis? Quadriennium. Beginn desselben. Nichtablauf neben der Ableistung des Rest.eids noch besonders nachzuweisen. Der offerirte Eid des Anwalts zu diesem Nachweis unzulässig, derjenige der Parthie zulässig. Gegen welche Erkenntnisse wird restituirt?	158
65.	Fiskus ca. Gem. Hahn. **Restitution gegen den Ablauf der Beweisfrist auf Grund neu aufgefundener Zeugen.** Auch die den Minderjährigen Gleichgestellten müssen den Nichtablauf des Quadr. darthun. Bezüglich der Kenntniß des Fiskus von der Läsion kommt es auf die ihn wirklich vertretende Behörde, nicht den Fiskal an, hat aber Letzterer zum Eid sich erboten und der Gegner hiergegen Nichts eingewendet, so ist eine solche Uebereinkunft rechtsverbindlich	163
66.	Wallenstein ca. Görtz. **Restitution wegen factischen Hindernisses und wegen Privilegs der Minderjährigen.** Quadriennium. Beginn bei pia corpora mit der Kenntniß der Läsion. Die Kenntniß der Vorsteher gilt als diejenige des p. c. Haben die Vorsteher das Q. versäumt, so findet hiergegen keine Rest. statt. Ein wiederholtes Rest.gesuch kann nur auf neue Gründe gestützt werden	164
67.	Hessen-Philippsthal ca. Solms. **Restitutionsgesuch gegen den Ablauf der durch die VO. v. 12. Jan. 1807 für die Reassumtion reichsgerichtlicher Prozesse bei dem O.A.G. vorbestimmten einjährigen Frist.** Unkenntniß der fraglichen VO. und factische Verhinderung als Restitutionsgrund. Uebergang der Restitution auf die Erben. Quadriennium, Nichtanwendbarkeit des R. D. A. v. 1600 §. 86 und Gem. Besch. O.A.Gs vom 9. Jan. 1817. Der offerirte Eid als	

Digitized by Google

O.Nr. Seite.

Bescheinigungsmittel. Normirung desselben de nescientia und mit dem Zusatz „dienlicher Nachforschungen ungeachtet." Die Auflage „zu beweisen" schließt Zulässigkeit von „Bescheinigung" nicht aus. Ort der Eidesleistung 166

68. Better ca. Hofmann. Zulässigkeit von Gegenbeweisführung gegenüber einem auf Zulassung neuer Vorbeweismitel gerichteten Restitutionsgesuch. Kann der Implorat auch auf nochmalige Vernehmung früherer Zeugen antragen? Fällt ein bereits im Restitutionsweg benanntes Beweismittel weg, so können an dessen Stelle nicht k. H. (ohne Restitution) andere Beweismittel substituirt werden. Beneficium novorum . . 169

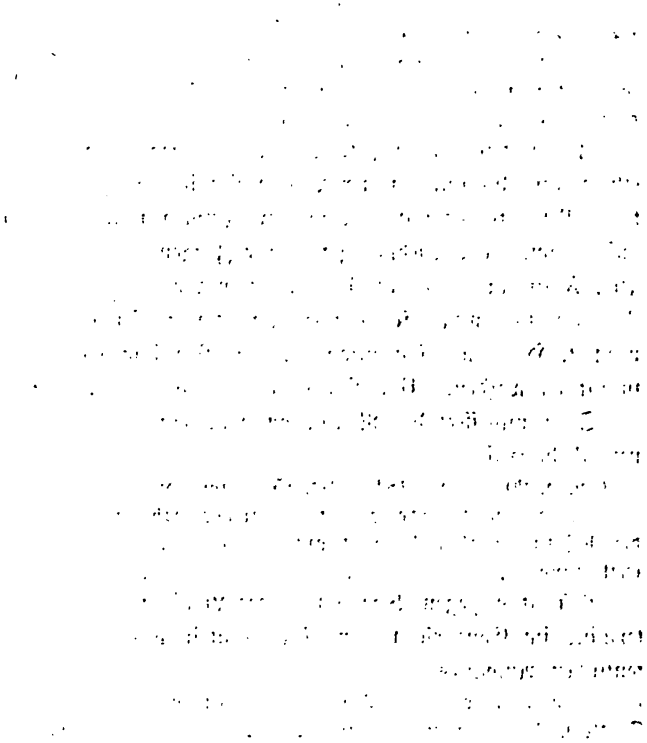
69. Becker ca. Meyer. Suspensiveffect der Restitution nach eingetretener Rechtskraft.

Ges. v. 20. August 1848, Art. 15. Damit die Vollstreckung gehemmt werde, bedarf es nur der Ertheilung der Restitution ohne Rücksicht auf die Rechtskraft der Ertheilung 172

70. Wittwenkasse ca. Weiß. Restitution gegen Versäumung des Liquidationstermins im Concurse wegen Nachlässigkeit des öffentlichen Anwaltes.

Wirkung einer solchen Restitutionsertheilung gegen Dritte nach erledigtem Concurse 173

Digitized by Google



Digitized by Google

1.

A. Zielch v. Seligenstadt, Kl. ca, Stadtgemeinde Babenhausen, Bekl. Kauf u. resp. Verkauf betr. 1840.

Dreifaches Restitutionsgesuch einer Gemeinde gerichtet:

I. auf Restitution gegen den Ablauf der Frist zur Erklärung auf Schadensliquidation.

Minderjährige haben in Ansehung der Handlungen und Unterlassungen öffentlicher Sachwalter keinen besonderen Anspruch auf Restitution. Nachbringung der versäumten Handlung.

II. auf Restitution gegen den Ablauf der Frist zur Erklärung auf die Hauptklage behufs Einbringung der exceptio restitutionis gegen die Hauptklage.

Erheblichkeit der betr. Einrede. Minderjährige werden propter iniquitatem sententiae nicht restituirt. Beneficium und Remedium restitutionis. Richtung des ersteren, wenn mehrere Urtheile nach der ursprünglichen Läsion erlassen sind. Quadriennium. Nichtanwendbarkeit des Gem. Bescheids vom 22. Mai 1816 und der Restitutionsbittfrist des Gesetzes vom 1. Mai 1830. Das Quadr. läuft a die scientiae laesionis. Die Wissenschaft des Vorstandes gilt als Wissenschaft der juristischen Person, auf den Wechsel der Administratoren kommt Nichts an. Ablauf des Quadriennium ist von Amtswegen zu respiciren.

III. auf Restitution gegen das der Klage zu Grund liegende Geschäft selbst.

A. Z. klagte 1824 gegen die Stadt B: auf Entschädigung wegen eines nicht erfüllten Holzverkaufs. Durch Erk. v. 29. Mai 1830 wurde die Bekl. zur Leistung der Entschädigung praev. liq. schuldig erkannt. Mit der Er-

Digitized by Google

klärung auf die 1832 übergebene kläg. Schadensliquidation wurde der Anwalt der Bekl. ausgeschlossen. Es trat hierauf ein neuer Anwalt auf, welcher

I. um Restitution nachsuchte gegen jene Versäumniß des früheren Anwalts und hiermit eine Erklärung verband, worin weiter gebeten wurde

II. um Rest. gegen Versäumniß der auf die Klage vorzuschützen unterlassenen exceptio restitutionis gegen den der Klage zu Grund liegenden Verkauf und folgeweise gegen das ganze bisherige Verfahren und die darin erfolgten Erkenntnisse und endlich

III. mittelst dieser exceptio restitutionis um W. i. d. v. St. gegen das Geschäft selbst, woraus geklagt worden war und folgeweise um Abweisung der Klage.

Nach gepflogener Verhandlung ertheilte das Landg. die erste Restitution, verwarf aber die zu II und III. Auf erhobene Beschwerde ertheilte aber das Hofg. in D. auch diese beiden Restitutionen, weßhalb der Kläger beim O.A.G. um Verwerfung des Restitutionsgesuchs bat.

Aus der Begutachtung des Referenten, dessen Antrag gebilligt wurde, heben wir Folgendes hervor:

Zu I. Die gesetzliche Bestimmung, daß die versäumte Handlung zugleich mit dem Restitutionsgesuch eingebracht werden müsse, leide auch auf Minderjährige Anwendung. In Bezug auf Rest. gegen Handlungen der Anwälte hätten Minderjährige keinen Vorzug vor Großjährigen [1]), weil durch Anwälte zugefügte Läsionen nicht in den eigenthümlichen Verhältnissen der Minderjährigen ihren Grund hätten, indem jeder Großjährige solchen ebenso ausgesetzt sei. So enthalte denn auch das röm. Recht, welches gegen Handlungen der Procuratoren Rest. zugelassen habe, in l. 23. D. 4. 4. die Bestimmung, daß auch dem Minderjährigen gegen die Handlungen seines Procurators, insofern derselbe nicht secundum, sondern contra oder praeter mandatum gehandelt habe, keine Rest. zu ertheilen sei. Burchardi Lehre v. d. W. S. 227. Allein die gesetzliche Bestimmung, daß die versäumte Handlung mit dem Restitutionsgesuch zu verbinden sei, sei in concreto ohne Zweifel beobachtet worden. Als die versäumte Handlung, welche das Gesetz mit dem Rest.Gesetz verbunden wissen wolle, sei jedes Vorbringen zu betrachten, welches Implorant zum Schutze seiner Rechte für dienlich erachte, und der Sinn des Gesetzes sei keineswegs der, daß Implorant stets gerade eine den Inhalt der letzten gegentheiligen

---

[1]) In einer nachträglichen Note ist vom Referenten bemerkt, in S. Gemeinde Schlierbach ca. die v. Breidenstein'schen Erben sei der Referent von einer anderen Ansicht ausgegangen.

Digitized by Google

Handlung selbst betreffende Erklärung abgeben müsse. Sei das von dem Imploranten vorgebrachte Rechtsverfolgungs- oder Vertheidigungsmittel von der Art, daß, wäre es innerhalb der versäumten Frist geltend gemacht worden, eine gleichzeitige Erklärung auf den Inhalt der zu beantwortenden Handlung nach prozessualischen Regeln nicht hätte verlangt werden können, so könne auch von einer Verbindlichkeit des Imploranten zur Einlassung auf jene Handlung als Bedingung der Rest. keine Rede sein [2]).

Zu II. Die Ertheilung dieser Rest. erscheine als Vorbedingung der Ertheilung derjenigen gegen das Geschäft selbst, umgekehrt stelle sich aber auch die Rest. gegen das Geschäft selbst als Vorbedingung der Rest. II dar, weil in der Unterlassung einer unbegründeten Einrede keine Verletzung liege. Sehe man vorerst von der Rest. III ab und ebenso von der Verjährungsfrage bezüglich der Rest. II, so sei diese letztere formell zulässig. Stadtgemeinden hätten nach Gesetz und der hess. Praxis unzweifelhaft jura minorum. Das Gesetz vom 21. Juni 1836 habe den Gemeinden die fragl. jura nur soweit die Rest. nicht bereits nachgesucht sei, entzogen. Minderjährige, und sonach auch Gemeinden, seien nach Theorie und Praxis, insbesondere auch gegen unterlassene Geltendmachung von Einreden und sonstigen Rechtsbehelfen zu restituiren, l. 36. D. 4. 4; OAGs-Präj. 27. Wenn in den Entscheidungsgründen I. Instanz behauptet werde, daß nur dann Rest. hätte ertheilt werden können, wenn die Gemeinde den Anwalt zur Vorschützung der Einrede beauftragt gehabt und dieser den Auftrag versäumt gehabt hätte, nicht aber, wenn wie hier durch Mangel an Einsicht des Gemeindevorstandes oder ihres Anwalts die Vorschützung der Einrede unterlassen worden sei, so sei es zwar richtig, daß die Restitution, wenn sie auf ein Versehen des Anwalts gegründet worden wäre, nach der neuesten Rechtsprechung des h. T. allerdings nur unter der angegebenen Voraussetzung habe ertheilt werden können, allein irrig sei die Ansicht, daß wenn der Vorstand einer Gemeinde die Vorschützung einer Einrede aus Mangel an Einsicht unterlassen habe, hiergegen nicht restituirt werden könne. Gerade auf schuldliche Handlungen der Gemeindevorsteher beziehe sich ja das den Gemeinden ad instar mino-

---

[2]) Im späteren Verlauf des Prozesses kam die Gemeinde B. um Rest. gegen den Ablauf einer Frist zur Erklärung auf die Schadensliquidation ein, verband aber mit dem Gesuche nicht die eigentliche Handlung, sondern ein Editionsgesuch. Das Rest.gesuch wurde verworfen; das Editionsgesuch könne die aufhabende Handlung nicht vertreten, weil die betr. Handlung auch ohne die edirt verlangte Urkunde hätte vorgenommen werden können. Rel. OAGs. zum Erk. vom 15. Sept. 1845.

Digitized by Google

rum verwilligte Recht. Diese Rest. gehe viel weiter, als die Rest. gegen Handlungen der Anwälte, indem ein lädirendes Factum genüge. — Es frage sich aber, ob in substrato, wo zwischen der Versäumniß und dem Restitutionsgesuch mehrere rechtskräftige Erkenntnisse in der Mitte lägen, die Rest. bloß gegen den Ablauf der ad exeipiendum anberaumt gewesenen Frist gehe, oder ob sie auch als gegen die vorl. Urtheile gerichtet anzusehen sei, ob daher das Rest.gesuch bei dem Landgericht habe angebracht werden können, oder ob nicht dasselbe vielmehr nach der P.O. vor das Hofg. gehört habe? Nach röm. Recht sei die Rest. wegen einer versäumten Einrede — die übrigens nur den Minderjährigen ertheilt worden sei, indem Großjährige bloß in Contumacialfällen ex capite absentiae auf Rest. hätten Anspruch machen können, l. 7. §. 12. D. 4. 4, l. 2. C. 7. 50 — stets gegen ein Urtheil gerichtet gewesen, wie dieß schon aus den Schlußworten der l. 2. cit. hervorgehe. Nur ein Urtheil habe einer solchen Rest. entgegenstehen können, weil peremtorische Einreden im röm. Prozeß bis zum Endurtheil hätten vorgebracht werden dürfen, l. 2. C. cit. l. 4. C. de except. (8. 36), l. 8. C. eod., hinsichtlich dieser also vor erlassenem Urtheil gar keine Rest. nöthig gewesen sei, in Bez. auf dilatorische Einreden aber, welche mit der Litiscontestation hätten vorgebracht werden müssen, Hefftter Instit. des Pr. S. 300, keine Rest. ertheilt worden sei; l. 12 C. de except. Burchardi l. c. S. 139. Ja nach dem Princip, daß Minderjährige bloß propter lubricum aetatis restituirt worden seien, und nach l. 17. D. 4. 4. sei (abgesehen von einem dolus des Gegners) der Fall, wo der minor irgend etwas in den Verhandlungen vorzubringen versäumt gehabt, der einzige Fall gewesen, in welchem von einer rest. minoris contra sententiam die Rede habe sein können, und keineswegs sei, wie dieß das OAG. auch in seiner Rechtsprechung annehme, (Vorträge in S. Gemeinde Schlierbach ca. v. Breidenstein'sche Erben; Lanzenhain ca. v. Riedesel; israel. Gem. Offenbach ca. Speier in Frankfurt) bloß deßhalb ihm Rest. ertheilt worden, weil der Richter inique sententionirt gehabt. In dem heutigen Prozesse sei jedes Vorbringen an Präclusivfristen gebunden. Werde etwas innerhalb der bestimmten Frist nicht vorgebracht, so stehe auch vor erlassenem Urtheil schon der Ablauf dieser Frist dessen Geltendmachung entgegen. Nach ertheiltem Erkenntniß aber stehe offenbar zugleich auch dieses der Geltendmachung des versäumten Rechtsbehelfs entgegen und eine zu ertheilende Rest. sei auch gegen das Urtheil gerichtet. Denn daraus, daß im heutigen Prozeß noch etwas Weiteres vorkomme, was schon vor ertheiltem Urtheil die Geltendmachung einer Einrede ꝛc. hindern könne, folge noch keineswegs, das das Urtheil, welches schon nach röm. Recht im Wege gestanden, nicht mehr entgegenstehe. Es könne hiernach die Ansicht Genslers im Arch. f. civ. Pr. IV Nr. XII, wonach die Rest. wegen versäumter Einreden stets nur gegen den Ablauf der Präclusivfrist gerichtet sein und eine rest. contra sententiam nur dann vorkommen solle, wenn sie auf nova gestützt werde,

Digitized by Google

oder ein minor gegen eine sent. iniqua restituirt sein wolle, nicht für richtig gehalten werden. Ohne Anstand ließen sich außer dem Falle, wo ex capite novorum Rest. gesucht werde, auch heutzutage noch Fälle denken, in welchen der Geltendmachung einer Einrede nur ein Urtheil entgegenstehe und die Rest. daher auch nur gegen dieses gerichtet sei. Setze man z. B. folgenden Fall. Einem Minderjährigen entstehe erst nach der Litiscontestation eine neue Einrede, sein Vormund unterlasse es aber, dieselbe vor dem Urtheil vorzuschützen. Ohne Rest. könne die Einrede nach dem Urtheil sicher nicht mehr zugelassen werden, allein die Rest. gehe doch offenbar lediglich gegen das Urtheil, denn der Ablauf der Präclusivfrist stehe der Vorbringung der erst später existent gewordenen Einrede nicht entgegen und vor ergangenem Urtheil würde es gar keiner Rest. bedarft haben. Warum solle aber, wenn der minor gegen Nichtvorschützung einer zur Zeit der Einlassung existent und bekannt gewesenen Einrede erst nach dem Urtheil Rest. nachsuche, diese Rest. nicht als auch zugleich gegen das Urtheil gehend angesehen werden? — Theoretisch würde Referent daher der Meinung sein, daß das vorl. Rest.gesuch, als zugleich gegen mehrere Urtheile gerichtet, bei dem Hofg. hätte angebracht werden müssen. Indessen habe er sich durch Einsicht vieler Acten überzeugt, daß dieser seiner Ansicht eine durchaus constante Praxis des O.A.Gs entgegenstehe. Als Remedium contra sententiam werde einzig und allein die deutschrechtliche rest. ob noviter reperta betrachtet, jede andere prozessualische Rest. gehe nach dieser Rechtsprechung zunächst nur gegen versäumte Fristen, und die in der Mitte liegenden Erkenntnisse würden durch Ertheilung der Restitution nur mittelbar aus dem Wege geräumt. Hiernach sei das Untergericht allerdings competent gewesen. Halte man die Ansicht consequent fest, daß das s. g. Beneficium rest. nicht gegen ein Urtheil gerichtet sei, und daß allenfalls nach der Versäumniß erlassene Erkenntnisse nur in Folge der Rest. gegen die Versäumniß mittelbar wegfielen, so dürfe man auch die Vorschrift des röm. Rechts l. 18. pr. D.4. 4., l. un. §. ult. D. de off. P. P. (1. 11), daß kein Richter gegen die Urtheile eines höheren Richters restituiren könne, auf dieses Beneficium nicht anwenden, und stehe es daher der Competenz des Untergerichts nicht entgegen, wenn durch die Rest. gegen eine zur Zeit, wo die Sache bei ihm anhängig gewesen, vorgefallene Versäumniß auch obergerichtliche Erkenntnisse indirect restindirt werden sollten, was in concreto der Fall sei. — Sei hiernach die Rest. im Allgemeinen zulässig, so müsse sie jedoch für verjährt gehalten werden. Bekanntlich müsse die Rest. innerhalb vier Jahren nachgesucht werden. Daß auch bei der Rest. gegen prozessualische Versäumnisse den Minorennen dieses O. zu statten komme und daß mithin der Gem. Bescheid vom 22. Mai 1816, sowie die durch die VO. v. 1. Mai 1830 gegebene Vorschrift wegen der 14tägigen Restitutionsbittfrist, welche beide nur auf die rest. ex capite absentiae und ex clausula generali sich bezögen, hier

Digitized by Google

keine Anwendung litten, bedürfe keiner Erörterung, indem dieß in der Rechtsprechung des höchsten Gerichts nie bezweifelt worden sei. Ob das Q. rest. vom Tage der Läsion an laufe, oder a die cognitae laesionis zu berechnen sei, sei sehr zweifelhaft. Nach römischem Recht sei ersteres anzunehmen, nach can. Recht lasse sich die andere Ansicht vertheidigen, c. 1 u. 2 in VI° de rest., Clem. un. de rest. Es bedürfe aber keiner näheren Eingehung auf diese Controverse, weil die Praxis des O.A.Gs. von jeher die Ansicht Derjenigen befolgt habe, welche das Q. a die scientiae berechnen. Im vorliegenden Falle falle das tempus laesionis mit dem tempus laesionis zusammen. Die Wissenschaft des Vorstands der Stadt gelte als die Wissenschaft der Stadt selbst. Die Schadensliquidation werde auf die Holzpreise zur Zeit des Geschäfts gestützt, diese seien dem Vorstand bekannt gewesen ꝛc. Hiergegen lasse sich auch nicht sagen, Gemeinden müßten gegen jede lädirende Handlung ihrer Vertreter restituirt werden, folglich auch gegen die Unterlassung der Nachsuchung der Restitution, denn der Anwendung jenes allgemeinen Grundsatzes auf die Versäumniß der Restitutionsbittfrist stehe die besondere gesetzliche Bestimmung entgegen, daß gegen die Verjährung der R. keine R. ertheilt werden solle. l. 2 D. de minor. Könnten moralische Personen auf diese Weise in infinitum restituirt werden, so würde dieß zu demselben Resultat führen, als wenn jede Verjährung ausgeschlossen wäre, indem, was auch in der Praxis anerkannt sei — U. in S. v. Venningen ca. Gemeinde Lindheim. Rescript v. 14. Juli 1834 in S. Gemeinde Michelnau ca. Landmann — kein Gesetz verbiete, daß Vertreter Minderjähriger oder moralischer Personen Namens dieser gegen ihre eigenen Handlungen Rest. nachsuchten. Die eventuelle Behauptung der Stadt B., daß erst von der Wissenschaft des gegenwärtigen Stadtvorstandes an das Q. zu berechnen sei, sei irrig. — Referent geht nun auf die Frage ein, ob nach der Rechtsprechung auf den Wechsel der Administratoren etwas ankomme, resp. das Q. erst von der Kenntniß des neuen Vorstands laufe, und erörtert dieselbe unter Berücksichtigung folgender Rechtssachen: In S. theolog. Facultät zu Herborn ca. Obristen v. Nagel in Bisses, E. v. 10. Juli 1777; Stift Wallenstein ca. v. Schlitz gen. Görz, E. v. 10. Sept. 1822; Gemeinde Stammheim, Ober- und Unter-Florstadt ca. gräfl. und adl. Baumeister des Schlosses und Gerichts Staaden, 1831; Gemeinde Michelnau ca. Landmann, 1833; Gemeinde Staaden, Ober- und Nieder-Mockstadt und Hegheim ca. v. Ysenburg-Büdingen, 1838; v. Erbach-Fürstenau ca. Gemeinde Beerfelden, 1839. Hiernach sei eine constante Praxis nicht vorhanden. Theoretisch müsse die Frage aber aus den früher erörterten Gründen verneint werden. Schließlich wiederlegt Ref. noch den Einwand, als könne das Q. nicht von Amtswegen berücksichtigt werden. Dieß müsse überhaupt, allermindestens bei prozessualischen Restitutionen geschehen, ein Restitutionsgesuch, welches die Einhaltung des Q. zweifelhaft lasse, sei angebrachtermaßen

Digitized by Google

verwerflich. Angezogen werden c. 1 u. 2 in VI° de rest.: „Ecclesia . . . non est . . . admittenda“; l. 3. C. 2. 22; l. 7 C. eod. l. 1. C. 2. 43; Nov. 155; Pfeiffer practische Ausführungen Bd. 3. S. 82. Abgesehen hiervon sei es außer Zweifel, daß der Richter ex officio auf Einhaltung der in dem Gem. Besch. O.A.Gs v. 22. Mai 1816 und in der VO. v. 1. Mai 1830 bestimmten Restitutionsbittfrist zu sehen habe, eine Bestimmung, welche als auf einem allgem. Princip beruhend, auch auf die rest. ex cap. min. aet., insofern solche gegen Versäumnisse im Prozeß gerichtet sei, analoge Anwendung finden müsse.

Zu III war der Referent eventuell der Ansicht, daß diese Restitution zu ertheilen sei und kamen hierbei folgende Punkte zur Sprache: Anspruch der Gemeinden auf Restitution überhaupt. Läsion. Genehmigung des Geschäfts durch die vorgesetzte Administrativbehörde schließe die Rest. nicht aus, ebenso wenig der Umstand, daß das Geschäft durch öffentliche Versteigerung geschlossen worden sei. Grundsätze über den Verkauf von Sachen Minderjähriger. Minderjährige hätten die Wahl zwischen Restitution und dem Verklagen ihrer Vertreter. Einfluß des Umstandes, ob de damno vitando oder de lucro captando certirt werde.

Nachdem volle Prozesse erkannt waren, wies das Colleg einstimmig die Restitution nach Antrag des Referenten am 20. Oct. 1840 als verjährt zurück.

2.

Ist Restitution nothwendig, wenn eine vor dem Urtheil neu entstandene Einrede nach rechtskräftigem Urtheil geltend gemacht wird?

Caroline Müller in Darmstadt, kl. ca. Ehemann, Bell. Ehescheidung betr. 1846.

Die Klägerin sollte den ihr angetragenen, acceptirten und durch höchstrichterliches Erkenntniß bestätigten Schiedseid dahin: „daß sie auf eine Klage aus den in dem früheren Rechtsstreite angegebenen Mißhandlungen nicht verzichtet habe“, gegen ihren Ehemann ausschwören. In dem hierfür angesetzten Termin stellte der Beklagte vor: Es seien während der Zeit, welche zwischen der Geltendmachung der Verzichtseinrede und heute lägen, Verhältnisse eingetreten, welche ihn berechtigten, jene Einrede und zwar dahin, daß Klägerin sich vollständig mit ihm versöhnt, ihm vollständig verziehen habe und daher auf Ausführung der Klage nicht bestehen könne, nochmals als neu entstandene Einrede geltend zu machen ꝛc.

Das StadtG. wies die Einrede als unzulässig ab; das Hofg. verurtheilte dagegen die Klägerin zur Einlassung auf die Einrede. Nachdem die Sache in die höchste Instanz gelangt war, bemerkte der Referent:

Digitized by Google

Ich wende mich zu demjenigen Theile der Ausführung, welcher den Nachweis bezweckt, daß in concreto nur mittelst einer Restitution zu helfen gewesen, um solche aber nicht gebeten worden sei. — Wäre es richtig, was die OAntin behauptet, daß der Zweck des neuen Vorbringens dahin gerichtet sei, den Prozeß bis zu seinem Anfang zu und vor der Litiscontestation zurückzuschieben, dann würde allerdings auch bewiesen sein, was sie behauptet, daß der allein mögliche Rechtsbehelf nur in einer Restitution zu suchen sei, da es in dem Begriff dieses Rechtsmittels liegt, daß ein gewisser Prozeßabschnitt rechtlich vernichtet und der Prozeß in ein vorderes Stadium zurückgeschoben werden soll. Jene Supposition besteht aber nicht, es ist der wesentliche Unterschied zwischen facta noviter reperta und facta noviter emergentia, welcher hier ins Auge gefaßt werden muß. Es leuchtet ein, daß das Rechtsverhältniß ein ganz anderes ist, wenn behauptet wird, man habe einen Einwand neu aufgefunden, der schon in einem früheren relevanten Prozeßstadium (Exceptions- oder Beweistermin) bestanden habe und nur damals noch nicht bekannt gewesen sei, als wenn man sich auf einen Rechtseinwand stützt, welcher erst später während des Prozesses entstanden sei. In dem letzteren Fall will man Nichts zurückschieben, Nichts ungeschehen machen, im Gegentheil, man läßt den gegenwärtigen Prozeßstand in seinen vollen Ehren, man behauptet nur das neue Entstehen eines triftigen Rechtseinwandes, dessen Zurückweisung wegen Präclusion nicht möglich sei, weil nur die Vergangenheit, nicht aber die Zukunft präcludirt werde, und welcher daher jetzt in diesem Moment noch ebenso zugelassen werden müsse, wie jeder noch nicht präcludirte Einwand. Es entspricht nun der Vernunft und der Natur der Sache, daß eine Einrede, welche erst nach dem Einredetermin neu geboren, entstanden, emergirt ist, nicht unter der Peremtorietät jenes früheren Einredetermins leiden, nicht als präcludirt betrachtet werden kann; sie muß vielmehr auch im ferneren Laufe des Prozesses, noch stets zugelassen werden und zwar ohne Restitution resp. dazu gehörige Bescheinigung, vielmehr ipso jure, weil sie sich auf ihr eigenes volles Recht, hergeleitet aus ihrer neuen Entstehung, stützt. Wer würde z. B. vor erlassenem Enderkenntniß — und von diesem Fall ist hier die Rede — der Einrede, daß vor wenigen Tagen der Prozeß verglichen worden sei, der Vernunft nach den Weg sperren wollen? In der That gehen denn auch die positiven Gesetze, wie die Doctrin, mit dem Vernunftpostulat Hand in Hand. Wenn der §. 37 des J. R. A. befiehlt, daß der Beklagte, was er dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf Einmal bei Strafe der Präclusion vorbringen solle, so kann er mit dem „Alles auf Einmal" nur solche Einwände im Auge gehabt haben, welche tunc temporis existirten, denn dem Rechtssatze l. 185 de reg. jur. Impossibilium nulla obligatio est, hat der §. 37 sicher nicht widersprechen resp. hier nicht eine Ausnahme von demselben machen wollen, er

Digitized by Google

hätte dieß, wäre es die Absicht gewesen, mit deutlichen Worten aussprechen müssen. Ebenso verfügt das canon. Recht speciell: cap. 4 X. de except. cap. 25 X. de off. et pot. jud. del. cap. 4 de elect. in VI°, daß die verzögerlichen Einreden der Präclusion nicht unterliegen, wenn sie erst nach der Einlassung erwachsen. Es lehrt daher nicht nur bezüglich dieser Einreden Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses Bd. 2, S. 188. „Sodann — auxilium," sondern es dehnt dieser Rechtsgelehrte den Grundsatz auf alle Vertheidigungsmittel aus, indem er Handb. Bd. I S. 141 sagt: ꝛc. Mit dieser Ansicht stimmt denn auch unsere particuläre Gesetzgebung überein, indem nicht nur unsere PO. v. 1724 Thl. I Tit. III §. 3 besagt: „. . . jedoch ohne Präclusion etwa erst hernach entstehender ꝛc.", sondern auch das O.A.G.Pr. 1 sich dahin ausdrückt: „daß das Vorbringen neuer Thatumstände und Beweise in appellatorio ohne Ableistung des sonst erforderlichen App. oder Restitutionseides gestattet sein soll, wenn offenbar sei, daß das novum erst nach Ablauf des zerstörlichen Termins zur Kenntniß der Parthie gelangt sei, oder wohl zuerst später sein Dasein erlangt habe. In beiden Gesetzesstellen ist von Restitution und von Bescheinigungen keine Rede und die paritas rationis führt namentlich dahin, daß was — nach dem Präjudiz — von neuen Thatsachen und Beweismitteln in appellatorio bestimmt ist, auch von neuen Exceptionen, Repliken, Dupliken ꝛc. gelten muß, auch bei solchen also in gleichem Falle es keiner Bescheinigung bedarf ꝛc.

Der Correferent war insoweit einverstanden und am 11. Dez. 1846 wurde, nachdem auch die materielle Relevanz der Nova gegen die Ansicht des Referenten angenommen worden war, vom Colleg auf Abweisung der Beschwerde concludirt.

3.

Privilegirte Einreden erkennt die hess. Rechtsprechung im Allgemeinen nicht an. Folgeweise Nothwendigkeit der Restitution.

Fürst v. Ysenburg-Birstein ca. Pfarrer Hofmann zu Sprendlingen, Gegenforderung betr. 1828.

Beklagter stellte in der Impugnationsschrift die Einrede der Compensation auf und suchte dieselbe sofort liquid zu stellen. Der Referent des O.A.Gs, dem der Correferent beistimmte, bemerkte insofern: „Ganz neu ist nun die von dem Producten in der Impugnationsschrift vorgebrachte exceptio compensationis. Diese wird zwar von mehreren Rechtslehrern unter die s. g. privilegirten Einreden gerechnet, von denen man behauptet, daß sie durch ihren Nichtgebrauch bei der Einlassung nicht verloren gingen, vielmehr, wenn sie nur in continenti liquid gemacht würden, selbst noch in der Executionsinstanz stattfänden. Allein einestheils ist der Ungrund dieser Meinung und ihre Unverträglichkeit mit den klaren Worten des J. R.

Digitized by Google

A. §. 37, wonach der Beklagte „Alles", was er dilatorie oder peremtorie vorzubringen haben möchte, gleich bei der Einlassung (im 1. Termin) auf einmal bei Strafe der Präclusion vorbringen muß, vgl. auch hess. PO. Th. I Tit. 2 §. 3 und Th. II Tit. 4. §. 12, von bewährten Prozessualisten nachgewiesen worden, vgl. Gönner Handbuch Th. II Abh. 33 §. 11., Grolmann Theorie §. 172, und dann wird auch die fragliche Einrede ... keineswegs auf der Stelle erwiesen, da ꝛc.

Der Antrag des Ref. wurde vom Colleg am 19. April 1828 gebilligt und die Einrede verworfen.

4.

Kirche Geinsheim ca. v. Ysenburg-Birstein. 1858.

Das einzubringende Material muß erheblich sein. Anwendung, wenn beim Remedium Acten als neu aufgefundenes Beweismittel bezeichnet werden.

Eine allgemeine Bezugnahme auf Acten verschiedenen Inhalts, welche sich im Besitz des Producenten befinden und von diesem mit dem Restitutionsgesuch übergeben worden sind, ist nicht zulässig, da das Gericht nach dem Einbringen des Restitutionsgesuchs sofort die Relevanz der neu aufgefundenen Beweismittel zu prüfen hat und es nicht seine Aufgabe sein kann, ohne die geeignete spezielle Bezeichnung durch den Rest.-Imploranten nachzuforschen, ob etwa und welche relevante Urkunden in dem überreichten Complexe aufzufinden seien. Dem steht O.A.G.Pr. 101 nicht entgegen, da dieses sich nur auf den Fall bezieht, wenn der Beweis durch Berufung auf Acten, welche sich im Besitz einer öffentlichen inländischen Behörde befinden, geführt wird. Bestehen die neu aufgefundenen Beweismittel in Zeugen, so muß bei dem Beweisverfahren im ordentlichen Prozesse bei den Obergerichten, wie durch das Gesetz vom 20. Aug. 1848 nicht aufgehoben, mit dem Restitutionsgesuch die Ueberreichung von Beweisartikeln stattfinden, widrigenfalls dasselbe keine Berücksichtigung finden kann.

Entschließung O.A.Gs. vom 11. Mai 1858.

5.

Kath. Kirche zu Nieder-Mörlen ca. Gr. Cameralfiskus Interventen z. S. des Letzt. Impl. ca. die kath. Pfarrei Niedermörlen. 1857.

Restitutionsgesuch einer Kirche wegen unterlassener Vorschützung der nominatio auctoris abgeschlagen.

Ein Erkenntniß des Hofgerichts in Gießen, welches ein Restitutionsgesuch der Pfarrei, mittelst dessen um W. E. gegen die Unterlassung der Geltendmachung der nom. auctoris noch nach beendetem Beweisverfahren in der Hauptsache nachgesucht worden war, abwies, wurde vom O.A.G. durch Verf. v. 18. Dec. 1857 bestätigt, und zwar in Erwägung, daß in

Digitized by Google

Bezug auf die von dem Querulanten in der Sache erhobene, speziell auf einem mit der Pfarrei N. eingegangenen Vertrag gestützte Contractsklage der Gebrauch der nom. auctoris in der von der Querulantin geltend zu machen versuchten Art, ganz abgesehen davon, daß dessen Unterlassung lediglich auf einer zur Restitutionsertheilung rechtlich nicht geeigneten irrigen Rechtsansicht des Anwalts beruhen würde, schon im Allgemeinen nicht, nach der dermaligen Sachlage aber um so weniger für rechtlich zulässig gehalten werden könne, nachdem der dem Querulanten über das hier in Betracht kommende Vertragsverhältniß nachgelassene Beweis bereits durch längst rechtskräftige Entscheidung in allen Instanzen für vollständig erbracht erklärt worden sei.

6.

Restitution gegen den Ablauf einer Beweisfrist wegen eines Rechtsirrthums in Verbindung mit einer durch einen Todesfall erschütterten Gemüthsstimmung und unzweckmäßiger richterlicher Verfügung.

Joh. Röder von Reichelsheim, Beklagten u. Implorantenca. Friedr. Volk, als gerichtlich bestellter Erheber der Kaufschillingsgelder der Wittwe des Sebastian Kling daselbst, Kl. Imploraten Forderung betr. 1851.

Der Kläger hatte Appellation gegen das Beweisinterlocut interponirt. Am 9. December 1850 erhielt Beklagter Kenntniß von der Deserterklärung und lief ihm daher die Frist zur Einredebeweisführung von diesem Tage. Tags zuvor war des Beklagten Vater gestorben. Am 16. December erhielt Beklagter die Beweisantretung des Klägers mit der Auflage, am 8. Januar sich darauf zu erklären und directen Gegenbeweis anzutreten. Beklagter gab erst am 8. Januar zugleich mit der Erklärung auf Beweisantretung und der Antretung des directen Gegenbeweises, die Einredebeweisantretung ab, weßhalb das Landgericht die letztere als verspätet verwarf. Das Hofgericht ertheilte indessen die Restitution nach dem Antrag des Correferenten, indem es einestheils den Todesfall in der Familie des Beklagten, anderntheils den leicht verzeihlichen Rechtsirrthum des Letzteren, daß der 8. Januar auch für die Anttetung des indirecten Gegenbeweises bestimmt gewesen sei, in billige Betrachtung zog und namentlich anerkannte, daß in derartigen Fällen die Frist zur Einredebeweisführung zweckmäßig von Amtswegen bis zu dem anberaumten Termine erstreckt werde. — E. v. 28. November 1851.

Digitized by Google

7.

v Steincallenfels resp. v. Schmitt burg ca. v. Mauchenheim gen. v. Bechtolsheim. 1846.

Restitutionsgesuch gegen Versäumung der in der VO. vom 12. Januar 1807 zur Reassumtion reichsgerichtlicher Prozesse vorbestimmten einjährigen Frist gestützt auf Abwesenheit, Unkenntniß der fraglichen VO. und Nichtwissenschaft von der Existenz und dem Stand des Prozesses.

Entschuldbare Rechtsunkenntniß Restitutionsgrund. Beginn des Quadrienniums.

C. E. v. Sch. hatte die in der VO. vom 12. Jan. 1807 zur Reassumtion reichsgerichtlicher Prozesse vorbestimmte einjährige Frist versäumt. Am 18. Febr. 1842 kam er um Restitution ein, indem er geltend machte:

1) er sei in Folge der franz. Revolution von 1802—1808 von Oppenheim, seinem Wohnort, abwesend gewesen und habe sich im Auslande aufgehalten,
2) er habe von der VO. von 1807 keine Kenntniß gehabt, endlich auch
3) überhaupt von dem beim R. K. G. anhängigen Prozesse qu. gar nichts gewußt.

Am 22. Oct. 1846 legte das O.A.G. dem Imploraten, Gegenbeweis vorbehalten, zu beweisen auf:

„daß er nicht früher, als 4 Jahre vor dem angebrachten Restitutitionsgesuch, also nicht schon vor dem 18. Febr. 1838: a) von der Existenz der VO. vom 10. Jan. 1807 oder b) von dem befragten, bei dem R. K. G. anhängig gewesenen Rechtsstreit und dessen Stand Kenntniß erhalten habe."

Als Motive dieser Entscheidung dürfen folgende Sätze angesehen werden: Das unter 1 angerufene Restitutionscausale sei unerheblich. Aus der fraglichen Abwesenheit folge nicht die Unmöglichkeit der Befolgung der VO. qu. Die unter 2 erwähnte Nichtkenntniß der VO. sei dagegen relevant. Die VO. sei zwar förmlich promulgirt und in die Gesetzessammlung aufgenommen und im Allgemeinen verdiene eine ignorantia juris keine Berücksichtigung l. 9. pr. D. de jur. et facti ign. l. 2. C. eod., allein letztere Regel leide Ausnahmen. Sie sei unter der Einschränkung zu verstehen, wenn der die Rechtsunwissenheit Vorschützende dieselbe habe vermeiden, etwa die nöthige Belehrung durch gehörige Erkundigung bei Rechtsgelehrten leicht hätte erhalten können oder gar selbst Rechtsgelehrter sei, l. cit. 9. §. 3 de jur. et facti ign., und dann sei, insofern von particulären und zumal singulären Landesgesetzen die Rede sei, auch billig ein Unterschied zu machen, ob eigentliche Unterthanen oder Fremde dagegen gehandelt, etwas versehen, versäumt hätten. Zur Zeit der Emani-

Digitized by Google

rung der VO. von 1807 sei die Provinz Rheinhessen, wo Implorant jetzt domicilirt sei, Ausland gewesen. Implorant stehe hier einem Nichtunterthanen gleich. — Erheblich sei endlich auch der Restitutionsgrund unter 3, wenn es wirklich richtig sei, daß Implorant von dem durch seine Vorfahren resp. seinen Vormund geführten Prozesse Nichts gewußt habe, es liege dann eine entschuldbare factische Unwissenheit vor. Sei hiernach das Restitutionsgesuch an sich in doppelter Richtung begründet, so müßten doch die an sich bestrittenen Thatsachen, sowie ferner die Einhaltung des Quadriennium's nachgewiesen werden. Das O. laufe nach der Rechtsprechung a. die cognitae laesionis. — Ueber die Zulässigkeit des offerirten Eides zum Beweis der Ignoranz wurde nicht entschieden, die Referenten bemerkten aber, daß sie keinem Anstand unterliegen könne.

8.

Restitutionsgesuch gegen Versäumung der Erklärungsfrist und rechtkräftiges Contumacialerkenntniß gestützt auf Krankheit.

Marx Löb Mainzer Erben, Kl. ca. Schmuttermeier von Heppenheim, Bekl. Schuldforderung betr. 1830.

Der Kranke ist im Allgemeinen nicht verpflichtet, sich vertreten zu lassen. Entschuldigung bezüglich der Erklärungsfrist hat auch Restitution gegen das Contumacialerkenntniß im Gefolge.

Der Beklagte hatte die Erklärungsfrist auf Klage versäumt und es war hierauf rechtskräftiges Contumacialerkenntniß ergangen. Der Beklagte kam um Restitution ein, indem er sich darauf stützte, daß er während der Erklärungsfrist krank gewesen sei. Klägerischer Seits wurde dieß Gesuch, namentlich deßhalb bestritten, weil sich der Beklagte habe vertreten lassen können und außerdem rechtskräftiges Contumacialerkenntniß vorliege. Die Sache kam schließlich in die höchste Instanz. Der Referent, dem das Colleg beitrat, war der Ansicht, daß eine genügende causa rest. vorliege und das Contumacialerkenntniß kein Hinderniß der Restitution sei. In ersterer Hinsicht bemerkte er im Wesentlichen: Wer an einer Krankheit leide, die ihn unfähig zu Geschäften mache, der könne für keinerlei Art von Versäumnissen in derselben verantwortlich sein, und der Grund, welcher ihn entschuldige, daß er seine Angelegenheiten überhaupt unbesorgt lasse, müsse ihn auch entschuldigen, wenn er zu deren Besorgung keinen Dritten bestelle. Die Gesetze untersuchten nicht, ob der, welcher selbst zu handeln verhindert gewesen, dieß nicht durch einen Andern für sich hätte thun lassen können, sondern nur ob dem Nichthandeln keine Nachlässigkeit zu Grunde gelegen habe. l. 16. D. ex quib. caus. maj. l. 26. §. 9. eod. Die Bescheinigung müsse zeigen, ob ein morbus sonticus vorgelegen habe. Dann müsse jeder Vorwurf einer verschuldeten Ver-

Digitized by Google

sämmniß auch hinsichtlich der unterlassenen Bestellung eines Vertreters schwinden. Ref. glaube aber außerdem, daß Bekl. nicht einmal schuldig gewesen sei, die Führung seiner Rechtssache, während er krank gelegen, einem Andern anzuvertrauen. Nach unserer PO. sollten die Partheien bei den Untergerichten in der Regel persönlich handeln, sie hätten also auch ein Recht hierauf. Weder das Gesetz, noch die richterliche Auflage hätten den Beklagten verpflichtet, wenn er sich selbst außer Stand fühlte, durch einen Andern in seinem Namen antworten zu lassen. Ueberdieß seien am Wohnsitz des Beklagten keine öffentlichen Anwälte, einem ungebildeten Bauer habe er die Sache nicht übertragen wollen und ein Gebildeterer würde sich nicht wohl zu einem solchen Geschäft verstanden haben. — Bezüglich des Contumacialerkenntnisses bemerkte Referent: Bekl. habe ausdrücklich gebeten, ihn gegen die durch Krankheit versäumte Erklärungsfrist zu restituiren und es liege in dem Zwecke dieser Restitution, daß, wenn solche dem Beklagten ertheilt, die unterstellte Contumaz entschuldigt und mit allen ihren Folgen beseitigt betrachtet werden, auch die Annahme des Zugeständnisses der Klage, die verhängte Ausschließung der Exceptionen und die hierauf gestützte Verurtheilung in sämmtliche Klagforderungen, was Alles nur in der Voraussetzung eines wirklichen Ungehorsams und als Strafe erfolgt sei, wegfallen müßten. Bezugnahme auf Gensler im Arch. f. civ. Pr. Bd. IV und weitere Ausführungen. Rel. von 1830.

9.

Arnold von Pfungstadt, Kl. ca. Jakobi in Darmstadt, Bekl., Forderung betr. 1864.

Restitutionsgesuch gegen rechtskräftiges Erkenntniß zur Aenderung der Einlassung und Nachbringung der Einrede der Zahlung wegen früheren Irrthums resp. Nichtkennens.

Positiver Irrthum, Ungewißheit, Nichtwissen. Frage der Entschuldbarkeit dieser Zustände und der daraus geflossenen Handlungen und Unterlassungen.

Das die Rescission eines nach geschlossenem ersten Verfahren erlassenen condemnatorischen Urtheils bezweckende Restitutionsgesuch des Beklagten brachte vor, daß dieser über mehrere Thatumstände der Klage z. B. den Empfang gewisser Waarenposten, sowie über die Größe der vertragsmäßigen Preise im Irrthum gewesen sei und in Folge hiervon unrichtige Zugeständnisse gemacht habe, sowie daß verschiedene nicht geltend gemachte Zahlungen ihm aus dem Gedächtniß entschwunden gewesen seien; daß er über alles dieses erst durch die Wiederauffindung seines bisher verlegten

Digitized by Google

Geschäftsbuchs und der hierher gehörigen Urkunden aufgeklärt worden sei, was er eidlich zu erhärten sich erbot. Hiernach gab denn Beklagter weitere berichtigende, beziehungsweise vervollständigende Erklärung ab. Nach gepflogener Verhandlung ließ das Stadtgericht D. dieses Restitutionsgesuch unter Voraussetzung der Ableistung des Restitutionseides zu, das Hofgericht in D. wies dasselbe aber auf erhobene Beschwerde ab. Den Ausführungen des Referenten, dessen Antrag die Billigung des Collegs fand, entnehmen wir Folgendes: Die mangelnde Kenntniß und Erkenntniß eines Sachverhältnisses bestehe entweder in einem Irrthum oder in einer Ungewißheit, beziehungsweise Zweifel, oder in einer Unwissenheit. Beim Irrthum entscheide man eine Frage falsch, bei dem Zweifel, der Ungewißheit, wisse man nicht, wie man die Frage entscheiden solle, bei der Unwissenheit denke man überhaupt nicht an die zu entscheidende Frage. Handle es sich nun von einer Antwort auf einen gerichtlichen Angriff, von einer Vertheidigung hiergegen, so könnten in Betreff der Einlassung im engern Sinn bloß die beiden ersten Arten einer mangelnden bestimmten Wissenschaft über den Sachverhalt vorkommen, nämlich der Irrthum und der Zweifel; die dritte Art, die Unwissenheit, sei hier selbstverständlich ausgeschlossen, weil ja in der Klage oder in dem sonstigen gerichtlichen Angriff das zu beantwortende Thema gegeben sei und vorgeführt werde. Der Angegriffene könne nur hier — fälschlich — glauben, daß der Angriff, beziehungsweise die ihm unterliegenden Thatsachen, wahr seien, er könne ferner in Ungewißheit sich darüber befinden, ob dieselben wahr seien oder nicht. In Betreff der Einreden könnten dagegen die drei oben erwähnten Arten einer mangelnden Wissenschaft vorkommen. Man könne glauben, daß man eine wirklich gegebene Einrede nicht habe, man könne ferner hierüber im Zweifel sein, man könne endlich an eine solche Einrede gar nicht denken, eine sonst bekannte Einrede könne Einem insbesondere mit der Zeit in Vergessenheit gerathen sein, diese letztere Art einer mangelnden Wissenschaft komme gerade bei Einreden am häufigsten vor. Die weitere Frage, die sich nun an diese Betrachtung zunächst anknüpfe, sei die, ob in dem Falle, wenn in Folge einer dieser verschiedenen Arten von mangelnder Kenntniß der Sachlage etwas Unrichtiges gethan, oder etwas, was man hätte thun sollen, unterlassen worden sei, ein derartiger Mangel noch einer besonderen Entschuldigung bedürfe, oder von vornherein — wenigstens bis zum Beweise des Gegentheils — als entschuldigt anzusehen sei oder nicht, und sodann ob derselbe — ein derartiges Entschuldigtsein vorausgesetzt — die unrichtige Handlung beziehungsweise Unterlassung entschuldigen könne. Was den ersten dieser beiden Punkte anlange, so werde es auf die Umstände, auf die Besonderheit des vorliegenden Sachverhältnisses ankommen, ob ein derartiger Mangel, Irrthum, Ungewißheit oder Unwissenheit einer besonderen Entschuldigung beziehungsweise der Behauptung und näheren Begründung bedürfe, oder von vorn-

Digitized by Google

herein bis zum Beweise des Gegentheils als entschuldigt anzusehen sei. Im Allgemeinen lasse sich nur soviel hier sagen, daß der positive Irrthum als der größte Mangel einer richtigen Wissenschaft wohl am häufigsten und öfter, als die übrigen erwähnten Mängel, einer besonderen Entschuldigung bedürfen werde. Was aber den zweiten Punkt anlange, ob ein derartiger Mangel — sein Entschuldigtsein vorausgesetzt — eine fehlerhafte Handlung oder Unterlassung entschuldige, so werde der Irrthum regelmäßig eine fehlerhafte Einlassung und noch mehr die Unterlassung des Vorbringens einer vorhandenen Einrede entschuldigen, weil man nach der Art seiner Wissenschaft seine Handlungsweise einrichte. Nur dann werde hier eine Ausnahme gemacht werden müssen, wenn den Irrenden gerade ein gegründeter Vorwurf treffe, daß er seinem Gedächtniß zuviel getraut habe und wenn er zugleich die Mittel gehabt, sich auf anderem Wege die sicherste Ueberzeugung zu verschaffen. Anders verhalte es sich hier bei der Ungewißheit, indem die betr. Ungewißheit über die Richtigkeit der Klagpunkte den Angegriffenen zur verneinenden Einlassung veranlassen müsse und erscheine hier eine affirmative Einlassung dann um so weniger durch eine solche Ungewißheit entschuldigt, wenn der Angegriffene in der Lage gewesen sei, über den wahren Sachbestand sich zu verlässigen. Die Nichtvorschützung einer bestimmten Einrede erscheine freilich in dem Falle einer gegründeten Ungewißheit über deren Wahrheit, insofern nur der Angegriffene kein Mittel gehabt, diese Ungewißheit zu heben, entschuldigt, weil man demselben nicht zumuthen könne, eine zweifelhafte Einrede vorzuschützen, die er nachher nicht beweisen könne. Noch mehr als die Ungewißheit werde die gegründete Unwissenheit, das Nichtdaranbenken, an sich die Unterlassung der Erhebung einer bestimmten Einrede entschuldigen.

Im concreten Fall bezwecke der Beklagte einmal Zulassung einer veränderten Einlassung und zwar in doppelter Weise, nämlich in Bezug auf den Umfang der empfangenen Waaren und in Bezug auf die Größe der vertragsmäßigen Preise und sodann die Zulassung einer früher nicht vorgeschützten Einrede, indem noch mehrere Zahlungen geleistet sein sollten.

Das Restitutionsgesuch in der ersteren Richtung sei verwerflich. Eine etwaige Ungewißheit habe den Beklagten zu einer negativen Litiscontestation resp. zur Beseitigung seiner Zweifel durch Einsicht der Bücher und beziehungsweise zum Suchen nach letzteren veranlassen müssen, was letzteres nicht behauptet sei. Ein positiver Irrthum entschuldige aber ebenso wenig; denn wenn ein solcher in Fällen der vorliegenden Art auch an sich als entschuldbar vermuthet werden könne, so komme doch in Betracht, daß Beklagter seinem Gedächtniß zu viel getraut und nicht eine Stütze für die Richtigkeit desselben durch Einsicht seiner Bücher zu gewinnen gesucht habe. Momente, welche eine ganz feste Ueberzeugung an der Richtigkeit der früheren Einlassung hätten erzeugen müssen, seien nicht vorgebracht.

Digitized by Google

Zweifelhafter sei die Frage wegen der neuen Einrede. Die früher entwickelten Gründe sprächen hier allerdings mehr für die Zulassung. Die Nichtwissenschaft resp. das Vergessen einer Einrede, wie es hier geltend gemacht sei, erscheine zwar an sich meist entschuldbar, allein die vorliegende Einrede der Zahlung sei gerade eine solche, welche der Einlassung am nächsten stehe, und Beklagter, der den Sachverhalt in seinem Geschäfte nicht vollständig im Gedächtniß gehabt habe und gehabt haben könne, sei veranlaßt gewesen, in seinen Büchern nachzusehen.

Der Correferent hob insbesondere noch hervor, daß durch die vom Kläger mit der Replik beigebrachte Specification der Zahlungen Beklagter ganz besonders aufgefordert gewesen sei, seine Aufzeichnungen und sonstige Papiere nachzusehen und in der Unterlassung dieses Nachsehens eine Nachlässigkeit liege.

Zwei Stimmen waren für Zulassung der Einrede gewesen, indem geltend gemacht wurde, das Suchen nach den Büchern sei bezüglich etwaiger Zahlungen unter den concreten Umständen nicht nöthig gewesen resp. indirect behauptet. — Erk. v. 16. März 1864.

10.

Restitutionsgesuch einer Gemeinde wegen versäumter Einrede der (annalen) Klagverjährung.

Gemeinde Harpertshausen ca. Funk das. Aussteinung eines Erbleihguts betr. 1849.

Die rest. minorum steht den Gemeinden nicht mehr zu. Angebliche Rusticität des Bürgermeisters kein Restitutionsgrund. Rechtsirrthum wird nicht berücksichtigt, wenn Rechtsbelehrung möglich war. Restitutionsgründe, in früherer Instanz nicht geltend gemacht, werden nicht berücksichtigt.

Nachdem über die Klage (interd. quod vi aut clam) bis zum Schluß verhandelt worden war, wurde der Klagbitte entsprechend erkannt und dieses Urtheil in den beiden obersten Instanzen bestätigt. Nach eingetretener Rechtskraft kam die Gemeinde mit einem Restitutionsgesuch ein, vermittelst dessen sie der Einrede der (einjährigen) Verjährung noch Zugang verschaffen wollte. Dasselbe war in erster Instanz gestützt auf die Rusticität des Vertreters der Gemeinde. In höchster Instanz wurden noch einzelne Restitutionsgründe geltend gemacht, welche früher nicht vorgebracht worden waren.

Das Gesuch wurde in höchster Instanz für unbegründet erkannt und auf die neuen Restitutionsgründe nicht eingegangen.

Der Ref. untersuchte zunächst die Frage, ob die Einrede der annalen Verjährung, wenn sie rechtzeitig vorgeschützt worden wäre, Anspruch auf

Digitized by Google

Beachtung gehabt hätte. Nachdem er diese Frage bejaht, bemerkte er bezüglich des Versehens des Vertreters: Diese causa rest. ist in voriger Instanz mit Recht als hier nicht anwendbar verworfen worden. Der Gemeinde als solcher stehen nach dem Gesetz vom 21. Juni 1836 die Rechte der Minderjährigen nicht mehr zu, ihr Vorstand hat sonach, als von ihr gewählt, eben so wenig einen Anspruch darauf, wenn er in Wahrung deren Interessen etwas versäumt, es treten die Grundsätze des Mandats ein, und hiernach haftet der Mandant für Versehen des Mandatars in Ausübung des ihm übertragenen Auftrags. Einer näheren Ausführung hierüber kann ich mich enthalten, da das oberste Gericht diesen Grundsatz, nämlich daß eine Gemeinde gegen die Versehen des sie vertretenden Bürgermeisters, seit Emanirung des oben angeführten Gesetzes, auf diesen Grund hin keinen Anspruch auf Restitution habe, bereits in seiner Rechtsprechung anerkannt hat, nämlich in der in pleno am 20. Januar 1841 erlassenen Verfügung in S. Gemeinde Ober-Beerbach ca. Jakob Keller das. Grenzberichtigung btr. Dieser Restitutionsgrund kann auch dadurch nicht unterstützt werden, daß sich der oaant. Anwalt auf die rusticitas des Bürgermeisters beruft und die hiernach wegen Rechtsunkenntniß ihm zu gewährende Restitution, denn wenn auch nach röm. Rechte die rustici und die Personen, qui simplicitate gaudent, unter Umständen wegen Rechtsirrthums restituirt werden können, so würde es doch vorerst sehr bedenklich sein, diesen Rechtssatz auf die erste Ortsvorstandsperson einer Gemeinde anzuwenden, die vermöge der ihr, nach ihrem Amt obliegenden Pflichten, so vielfache Kenntniß der Gesetze besitzen muß, sodann wird aber auch der Rechtsirrthum, nach Doctrin und Praxis nur da verziehen, wo man sich nicht belehren lassen konnte, wo keine Möglichkeit vorlag, oder es doch mit den größten Schwierigkeiten verbunden gewesen wäre, sich Belehrung zu verschaffen. Dieser Fall liegt aber nicht vor, wenn es sich darum handelt, sich des Raths eines Anwalts zu bedienen, was gemeinen Rechtens sei, und wenn der Bürgermeister in concreto bei der Einfachheit der factischen Verhältnisse dieß umgehen zu können glaubte, sich selbst zutraute, die Sache für die Gemeinde mit Erfolg durchzuführen, so kann man hierin vielleicht ein entschuldbares Selbstvertrauen, aber sicher keinen gesetzlichen Restitutionsgrund finden. (Bezugnahme auf Samuel Bär Jbstein ca. Lazarus Cleve. 1839 — 40).

Auf die in höchster Instanz vorgebrachten Gründe ging Ref. nur eventuell ein.

Concl. v. 7. Juli 1849: Abschlag der Prozesse, „wobei das Colleg auf die erst dahier vorgebrachten Restitutionsgründe, als nicht in die oberste Instanz gehörig, nicht einging."

Digitized by Google

11.

Hüter auf der Wildbahn bei Hüttenfeld, Bekl. Aanten ca. Schwarz zu Mannheim, Kl., Aaten, Herausgabe eines Hundes betr. 1859.

Restitution wegen eines früher nicht gekannten Zeugen nach abgelaufener Beweisfrist, ergangenem Erkenntniß über Zulassung der Beweismittel und erfolgter Zeugenvernehmung.

Beneficium, nicht Remedium restitutionis. Die Restitutionsbittfrist von 14 Tagen läuft hier nicht. Die Restitution ist nur zulässig, wenn die Ignoranz bis zur Zeugenvernehmung (nach gem. Recht bis zur Eröffnung des Zeugenrotulus) gedauert hat, wobei es auf diejenigen Zeugen ankommt, welche gerade über die Punkte vernommen worden sind, über die der neue Zeuge aussagen soll.

Die Beweismittel waren rechtskräftig zugelassen und es waren hiernächst einzelne Zeugen vernommen worden. Auf das Restitutionsgesuch des Klägers wegen eines angeblich neu entdeckten Zeugen hatte das Landgericht dem Imploranten den Restitutionseid dahin auferlegt: „daß er erst nach Ablauf der Beweisantretungsfrist von dem neuen Zeugen Kenntniß erhalten habe." Dieser Eid wurde vom Hofgericht in D. auf verfolgte Appellation dahin abgeändert: „daß Kläger von dem neuen Zeugen erst nach Abhör der am ꝛc. vernommenen Zeugen Kenntniß erhalten habe." Der Referent, dem das Colleg beitrat, untersuchte zunächst, ob es sich hier um das Remedium, oder Beneficium rest. handle, und entschied sich — namentlich mit Bezug auf Ausschußbericht zum Ges. v. 1842 (Beleg 56) — für Letzteres. Er bemerkte sodann, daß bei einer Restitution, wie die vorliegende, die Restitutionsbittfrist des Gesetzes v. 1. Mai 1850 nicht Platz greife, hielt im Uebrigen aber den Restitutionseid deßhalb für unrichtig formulirt, weil nach den Gesetzen nach Eröffnung des Zeugenrotulus, selbst wenn peremtorische Beweisfrist nicht angesetzt gewesen sei, neue Zeugen nicht vernommen werden sollten, und also, wenn neu entdeckte Zeugen eingebracht werden wollten, die Unkenntniß bis zur Eröffnung des Zeugenrotulus gedauert haben müsse. Notizenbuch 161. In Hessen kenne man zwar jetzt den Zeugenrotulus nicht mehr, da die Zeugen in Gegenwart der Partheien vernommen würden, allein damit sei jene Vorschrift nicht als beseitigt anzusehen, es komme vielmehr jetzt auf die Vernehmung der Zeugen und zwar gerade derjenigen Zeugen an, welche über die Punkte ausgesagt hätten, über welche auch die neuen Zeugen vernommen werden sollten. Bezugnahme auf Roth ca. Diedrich (Beleg 12). — E. v. 27. Juni 1859.

Digitized by Google

12.

In S. des Martin Roth v. Aschaffenburg, Kl. ca. Karl Diedrich v. Offenbach, Bekl. Rückgabe eines Schelchs betr. 1859.

Restitutionsgesuch nach abgelaufener Beweisfrist, stattgehabter Zeugenvernehmung und Erkenntniß über das Resultat der Beweisführung zum Zweck der Zulassung früher nicht gekannter Zeugen.

Remedium und Beneficium restitutionis. Sollen nach stattgehabter Zeugenvernehmung neu aufgefundene Zeugen eingebracht werden, so muß die Nichtkenntniß der Zeugen bis zur Zeugenvernehmung gedauert haben. Ist Erkenntniß über das Resultat der Beweisführung ergangen, so kann, um neu aufgefundene Zeugen einzubringen, nur das Remedium rest. benutzt werden und ist also die Fortdauer der Nichtkenntniß bis zum Urtheil (Rechtskraft) zu behaupten, der Restitutionseid der VO. von 1806 zu offeriren und das Petitum namentlich auch auf Rescission des Urtheils zu richten.

Nachdem der theilweise durch Zeugen versuchte klägerische Beweis für verfehlt erklärt worden war, trat Kläger mit einem Restitutionsgesuch zur Nachbringung mehrerer Zeugen auf, indem er angab, erst lange nach Ablauf der Beweisfrist habe er Kenntniß von den Zeugen erhalten, er sei bereit, den Restitutionseid zu schwören, den er mit dem besten Gewissen ableisten könne, da er erst vor Kurzem die Wissenschaft der Zeugen über den Beweissatz in Erfahrung gebracht habe. Gebeten wurde, den Kläger nach vorgängiger Ableistung des Restitutionseides gegen den Ablauf der Beweisfrist zu restituiren. Das Landgericht wies das Gesuch wie angebracht unzulässig ab, weil es die Voraussetzungen des hier allein zulässigen Remedium restitutionis nicht enthalte, namentlich nicht das beschwerende Erkenntniß als Veranlassung der Läsion, auch den Zeitpunkt des Auffindens der Zeugen nicht genügend angebe. Auf erhobene Beschwerde ließ das Hofgericht in D. die Zeugen unter der Voraussetzung der Ableistung des Restitutionseides dahin: „daß Kläger die neuen Zeugen erst nach Eröffnung der Aussagen der Zeugen S. und Z. in Erfahrung gebracht habe", zu. Motivirt war diese Entscheidung wesentlich durch folgende Gründe: Es handle sich hier lediglich um das Beneficium, nicht das Remedium rest., weil Restitution gegen den Ablauf der Beweisfrist nachgesucht werde, welche letztere den neuen Zeugen entgegenstehe. Der Umstand, daß bereits über die Beweisführung ein Erkenntniß vorliege, involvire nicht,

Digitized by Google

daß das Remedium gebraucht werden müsse, weil die Restitution nicht unmittelbar gegen dieses Erkenntniß gerichtet sei, sondern nur dahin gehe, daß die Parthie mit der versäumten Prozeßhandlung noch zugelassen werde, wenn gleich in Folge davon eine Aenderung des gedachten Erkenntnisses eintreten könne. Die Läsion liege in dem Ablauf der Beweisfrist. Hiernach seien die Requisite des Remedium nicht zu wahren gewesen, dagegen müsse Kläger den Restitutionseid in der oben angegebenen Form leisten. Nach gemeinem Recht sollten Zeugen nach eröffnetem Zeugenrotulus nicht mehr zugelassen werden. In Hessen, wo die Zeugen in Gegenwart der Parthieen vernommen würden, trete dieses Verbot durch die Vernehmung der Zeugen selbst ein, und wenn also Jemand mit neuen Zeugen zugelassen sein wolle, so müsse die Nichtkenntniß von denselben bis zur Zeugenvernehmung gedauert haben und beeidigt werden. Dabei komme es auf die Vernehmung gerade derjenigen Zeugen an, welchen dieselben Punkte unterbreitet worden seien, die den neuen Zeugen vorgelegt werden sollen. In dem Restitutionsgesuch sei der Zeitpunkt des Auffindens nicht genau angegeben, allein Kläger habe sich überhaupt zum Restitutionseid erboten und außerdem behauptet, er habe die Zeugen erst „vor Kurzem" in Erfahrung gebracht, woraus sich nach der Actenlage ergebe, daß er den Restitutionseid auch in der obigen Form leisten könne. — Gegen das fragliche Erkenntniß verfolgte Beklagter Oberappellation, indem er die Beschwerde dahin formulirte, daß nicht das Restitutionsgesuch wegen mangelnder factischer Begründung angebrachtermaßen abgewiesen worden sei. Bei der Begutachtung dieser Beschwerde machten sich bei den Referenten verschiedene Anschauungen geltend. Der Referent war der Ansicht, daß, da Beklagter in seiner Beschwerde weder die rechtliche Zulässigkeit des Beneficium rest., noch die festgesetzte Form des Restitutionseides zu bestreiten suche, sondern seine Beschwerde lediglich auf mangelnde factische Begründung des Restitutionsgesuchs stütze, man sich bei Würdigung der Beschwerde darauf beschränken müsse, ob das Restitutionsgesuch in der Art, wie es vorgebracht, gehörig factisch begründet erachtet werden könne. Diese Frage sei aber zu bejahen, denn in der Behauptung, Kläger habe die neuen Zeugen erst „vor Kurzem" aufgefunden, müsse nach der concreten Actenlage implicite die Behauptung gefunden werden, daß die Auffindung nach der Zeugenvernehmung stattgefunden habe. Hiergegen wurde aber vom Correferenten bemerkt: Sowohl nach dem Inhalt des Restitutionsgesuchs selbst, als auch nach der darüber gepflogenen Verhandlung lasse es sich nicht bezweifeln, daß das Restitutionsgesuch sich als das Beneficium rest. charakterisire, daß lediglich von diesem Gebrauch gemacht worden sei und habe gemacht werden wollen. Es werfe sich demnach zunächst die Frage auf, ob dieser Rechtsbehelf rechtlich statthaft gewesen sei. Diese Frage müsse unbedenklich verneint werden, wenn man

Digitized by Google

erwäge, daß die Rechtswohlthat der Restitution in der Regel nur da Platz greife, wo es sich um W. E. gegen Versäumnisse oder Versehen im Prozesse handle, und ausnahmsweise auf den Grund neu aufgefundener Thatsachen oder Beweismittel nur alsdann, wenn in der Sache noch kein Erkenntniß erfolgt sei, daß dagegen da, wo ein solches vorliege, nur mittelst des auf Beseitigung desselben zu richtenden Rechtsmittels der Rest. den angeblichen Novis Eingang verschafft werden könne. In dem vorliegenden Falle, wo das Gesuch auf die Behauptung neuaufgefundener Beweismittel gestützt werde, stehe nun aber kein prozessualisches Versäumniß, namentlich nicht die Versäumung des Beweistermins, wie irrigerweise vom Imploranten und judex a quo unterstellt worden sei, gegen welches Restitution zu suchen wäre, in Rede, wohl aber liege in der Sache selbst ein endliches Erkenntniß über denjenigen Punkt vor, auf welchen sich das Restitutionsgesuch beziehe, weßhalb denn gegen dieses Erkenntniß mittelst des Remedium rest. aufzukommen gewesen wäre. Die Art der Beschwerdestellung sei hier nicht erheblich, weil es sich um einen Rechtspunkt handle. Ueberdieß habe sich Bekl. ausdrücklich auf die Entscheidungsgründe des Unterrichters bezogen.

Diese Bemerkungen veranlaßten den Referenten, sich vorsorglich noch über das Restitutionsgesuch in der vom Correferenten angedeuteten Richtung zu äußern, falls die Beschwerdestellung ein Eingehen darauf als zulässig erscheinen lasse, und insofern war er denn mit dem Correferenten darüber einverstanden, daß, da ein über das Resultat der Beweisführung sprechendes Erkenntniß vorliege, nur durch das Remedium rest., nach vorgängiger Ableistung des Restitutionseides nach Maßgabe der hess. VO. v. 12. April 1806, Restitution habe erlangt werden können, ohne daß von einem wirksamen Gebrauche des Beneficium die Rede habe sein können. Die Requisite des Remedium seien nun aber in dem Restitutionsgesuch nicht zu finden, weil nur um Restitution gegen die Beweisfrist gebeten, das zwischenliegende Erkenntniß gar nicht erwähnt und Kläger ausdrücklich erklärt habe, gerade nur von dem Beneficium rest. Gebrauch machen zu wollen.

Das Colleg trat durch Beschluß vom 1. April 1859 der Ansicht des Correferenten bei, daß die Art der Beschwerdestellung des Beklagten der Prüfung der Zulässigkeit des Restitutionsgesuchs überhaupt nicht entgegenstehe und concludirte dem entsprechend auf Wiederherstellung des Landgerichtserkenntnisses.

Digitized by Google

13.

Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse, gestützt auf frühere Nichtkenntniß von Einreden und Beweismitteln.

N. Korfmann We. in Darmstadt, Kl. ca. Lebens- u. Pensionsversicherungsgesellschaft Janus zu Hamburg, Bekl. 1857.

Remedium und Beneficium restitutionis. Quadriennium, **Berechnung von der weggefallenen Ignoranz.** VO. vom 12. April 1806. **Auslegung der Worte „vor der gerichtlichen Entscheidung"** beim Restitutionseid. Gegen welches der erlassenen Urtheile geht die betr. Restitution? Einfluß der Rechtskraft auf die Eidesformel.

N. K. hatte mit der Lebensversicherungsgesellschaft Janus einen Pensionsversicherungsvertrag abgeschlossen. Die Wittwe verlangte nach seinem Tode die Pension. Die Gesellschaft weigerte aber dieselbe, weßhalb die Wittwe klagte. Auf gepflogene Verhandlungen erließ das StG. D. Beweiserkenntniß am 12. Aug. 52. Nachdem dieß Erkenntniß in den verschiedenen Instanzen mehrfache Modificationen erlitten, wurde das Beweisverfahren ausgeführt, sodann durch stadtgerichtliches Urtheil vom 18. September 1856 die von der Beklagten unternommene Beweisführung in den meisten Punkten für verfehlt erkannt, Schiedseid vorbehältlich. Nachdem dieß Urtheil durch alle Instanzen gegangen, trat Beklagte am 10. Juli 1857 mit einem Restitutionsgesuch wegen neuer Einreden und neuer Beweismittel auf:

Nach dem §. 2c. der Statuten fielen alle Ansprüche des Versicherten weg, wann falsche Declarationen gemacht worden seien. Dieß sei von K. geschehen (folgt Begründung). Diese Thatsachen seien neu aufgefunden worden, sie bildeten das Fundament zu gewichtigen neuen Einreden. Dazu komme noch, daß die Beklagte zu den früher ihr auferlegten Beweisen noch neue Zeugen aufgefunden habe. (Folgt Ausführung der Erheblichkeit der Zeugen). Indem die Beklagte assertirte, daß sie sowohl die angegebenen neuen Thatsachen, als auch die hier angeführten Beweismittel, trotz der sorgfältigsten Nachforschungen früher nicht in Erfahrung gebracht habe, erklärte sie sich zugleich bereit, erforderlichen Falls bez. dieser Nova den gesetzlichen Restitutionseid zu leisten, also entweder zu beschwören, daß sie resp. ihre Beamten die vorgeführten Thatsachen und bezeichneten Beweismittel erst lange nach Ablauf der Frist zur Erklärung auf Klage und nach Ablauf der Beweisfrist, und zwar die neuen Thatsachen zuerst im Jahre 1855 und theilweise noch später, die neuen Beweismittel aber erst ganz neuerdings in Erfahrung gebracht habe, oder in der sonst gesetzl. Form. — Bitte: die neuen Einreden und Beweismittel noch nachträglich zuzulassen.

Digitized by Google

Nach gepflogener Verhandlung wurde durch Erkenntniß des StGs. v. 23. Nov. 1857 das Restitutionsgesuch der Beklagten sowohl wegen der Einreden, als wegen der Beweismittel für begründet erachtet, demgemäß in ersterer Hinsicht auf Beweis erkannt und in letzterer Beziehung die Zulässigkeit der Beweismittel ausgesprochen. In Gefolge einer von der Klägerin und der Beklagten verfolgten Appellation wurde aber das stadtgerichtliche Erkenntniß durch hofgerichtliche Entscheidung vom 26. Febr. 1858 insofern reformirt, als das Restitutionsgesuch der Bekl. wegen der neuen Beweismittel wie angebracht abgewiesen, und darum auch das Erkenntniß über Zulässigkeit dieser Beweismittel aufgehoben, sodann die im stadtgerichtlichen Erkenntnisse aufgestellten Beweissätze theils gestrichen, theils durch andere ersetzt, theils anders formulirt wurden.

Gegen dieses Erkenntniß verfolgte die Klägerin Appellation deßhalb: daß das Restitutionsgesuch der Beklagten nicht als unstatthaft abgewiesen worden sei.

Der Referent des O.A.Gs. bemerkte insofern: Bei der Prüfung der Beschwerde reducirt sich Alles auf die Beantwortung der Frage, ob die Zeit, innerhalb welcher das Restitutionsgesuch der Beklagten einzubringen war, schon verstrichen war, als die Beklagte um Restitution nachsuchte? Diese Frage glaube ich aber verneinen zu müssen. Zwar stützt sich Klägerin unter Berufung auf das, was sie bereits hierüber in erster Instanz vorgebracht, auf folgende Sätze ꝛc. Gegen alle diese Gründe scheint mir aber Folgendes als entscheidend in Betracht kommen zu müssen. Wenn es nämlich

Zu 1 dem Daten auch gelungen wäre, die von ihm bekämpften Sätze, welche in der hofgerichtlichen Relation als hier maßgebend aufgestellt worden sind, als unrichtig zu widerlegen, so würde doch aus dieser Unrichtigkeit noch bei Weitem nicht folgen, daß nicht andere Rechtsgrundsätze bestünden, welche der Begründung seiner Beschwerde entgegenstehen. Nun sind aber, m. E., sowohl in den Ausführungen in erster als in zweiter Instanz zwei wesentlich zu trennende Momente nicht gehörig aus einander gehalten worden. Ich meine nämlich die Restitution gegen Versäumnisse, das vorzugsweise s. g. beneficium restitutionis und das remedium restit. contra rem judicatam d. h. das außerordentliche Rechtsmittel der W. E. gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß. Es kann nämlich eine Parthei im Prozesse ein Nachtheil treffen dadurch, daß von ihrer Seite etwas unterblieben ist, was nicht hätte unterbleiben sollen, sei es nun

1) daß entweder nicht zur rechten Zeit gehandelt wurde, resp. daß die Parthei einen Termin versäumte oder eine Frist z. B. die Frist zum Vortrag von Einreden; oder

Digitized by Google

2) daß ein Handeln selbst gar nicht stattgefunden d. h. daß in den Verhandlungen, auf deren Grund das Gericht sein bereits rechtskräftiges Urtheil gegeben hat, Momente nicht zur Erörterung gekommen sind, welche, wenn sie diese Erörterung gefunden hätten, für die betr. Parthie ein anderes Urtheil zur Folge gehabt haben würden.

Beide Fälle haben das mit einander gemein, daß sie einen Nachtheil voraussetzen, welcher bereits eingetreten ist und die Parthie nach strengem formellen Rechte ohne Verschulden des Richters trifft. Sie haben ferner das mit einander gemein, daß jener Nachtheil aus höheren Gründen der aequitas von der betr. Parthie wieder im Wege der Restitution abgewendet werden soll. Beide Fälle sind aber darin wesentlich verschieden, daß im Falle einer Termin- oder Fristversäumniß die Restitution nur das Formelle des Prozesses betrifft, während da, wo der Richter wegen ungehöriger resp. unvollkommner Actenlage angegangen wird, um einen für die Parthie entstandenen Nachtheil zu beseitigen, die Restitution das Materielle des Rechtsstreits betrifft. Dort, wo ein Termin oder eine Frist versäumt und z. B. eine Parthie in Gefolge hiervon mit einer Einrede ausgeschlossen worden ist, dreht es sich nicht darum, eine richterliche Präclusionsverfügung als eine materiell widerrechtliche darzustellen, indem der Restitution nachsuchende Theil die Versäumung, auf welche jene Verfügung gebaut ist, zugesteht und den als Folge der Versäumung ausgesprochenen Nachtheil nicht als einen ungesetzlichen ansieht, vielmehr nur eine Prüfung und Entscheidung darüber zu erwirken sucht, ob ein entschuldbarer Grund für die Versäumung vorliege und ob demnach der Parthie noch zu gestatten sei, eine versäumte Handlung nachzuholen. Wird ihr vom Richter dieses gestattet, so geht die Restitution nur gegen das Versäumniß und die Präclusionsverfügung fällt dann nur folgeweise hinweg. Hier dagegen, wo ein rechtskräftig gewordenes Urtheil auf einer ungehörigen resp. unvollkommnen Actenlage gegründet ist, zielt die Restitution darauf ab, ein formell giltiges und verbindliches Erkenntniß als ein materiell unrechtliches darzustellen, dessen Wiederaufhebung zu erwirken und zwar mit Bezug auf Thatsachen und Beweise, die in den Verhandlungen nicht zur Erörterung kamen, welche aber, ohngeachtet der Rechtskraft des Erkenntnisses, schon kraft gesetzlicher Erlaubniß benutzt werden dürfen. Die Restitution geht sonach hier unmittelbar gegen das betr. rechtskräftige Erkenntniß selbst (contra rem judicatam). Vgl. Linde Handb. Bd. V. §. 276 S. 681—683. Schmid Handb. Bd. III. §. 244. Bickell Beiträge zum Civilprozeß, Cassel 1836, S. 128 ꝛc. Bezüglich des s. g. benef. rest. bestimmt nun bekanntlich der Art. 9 des Ges. v. 1. Mai 1830, daß Gesuche um W. i. d. v. St. wegen versäumter Termine oder Fristen binnen vierzehn Tagen von

der geschehenen Bekanntmachung der Präclusionsverfügung an eingebracht werden müssen, und daß, nach Verlauf dieser Zeit, wenn nicht von dem Bittenden deßhalb ganz besonders erhebliche Verhinderungsursachen angeführt und bescheinigt werden, auf dergleichen Restitutionsgesuche als verspätet keine Rücksicht genommen werden soll. Dagegen ist hinsichtlich des remedii rest. contra rem jud. schon in der hess. PO. v. 1724 Thl. II. Tit. 12 §. 9 das gemeinrechtliche Quadriennium bestimmt. Da nun im vorliegenden Fall nur das letztgedachte remed. in Frage steht, so kann hier auch lediglich dieses Quadr. in Betracht kommen. Was nun

Zu 2 die Berechnung dieser Zeit betrifft, so beginnt solche ihren Lauf mit dem Momente des Eintritts der Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses, oder von dem Zeitpunkt der Auffindung der Nova, wenn diese später eintritt und die in int. rest. ob Nova gebraucht werden soll. Zwar sind allerdings die Ansichten der Juristen darüber getheilt, ob dieses Quadr. ein tempus utile ratione initii und ein tempus continuum ratione cursus sei. Wollte man nur dem röm. Rechte folgen, so ließe sich allerdings behaupten, daß das Quadr. ein tempus continuum sei und die Unterscheidung ratione initii et cursus als unbegründet erscheine. Erwägt man aber, das das canon. Recht seiner richtigen Interpretation nach wenigstens in Betreff der Restitution der Kirchen und milden Stiftungen ein Quadr. utile ratione initii aufgestellt hat, Cap. 1. 2 in 6to de in int. rest. (1. 21). Keil im Arch. f. civ. Praxis Bd. XXXVIII S. 392—408, und daß das Remed. rest. ob noviter reperta weder im röm. Rechte, noch im canon. begründet, sondern erst durch deutsche Praxis und auf Grund dieser durch deutsche Gesetze eingeführt ist, RA. v. 1533 §. 5. KGO. v. 1555 Thl. III. Tit. 52. DA. v. 1600 §. 138. Gem. Besch. v. 7. Juli 1669 und v. 7. Juli 1671, folglich die fremdrechtlichen Grundsätze über Berechnung des Quadr. bei der restitutio ob nova auch nur insoweit in Betracht kommen können, als solche von der Praxis resp. auf Grund derselben von deutschen Gesetzen bei der rest. ob nova angewendet worden sind, daß aber diese Praxis bei gedachter Restitution ein Quadr. utile ratione initii unter Anschluß an das canon. Recht überhaupt angenommen hat, vgl. Bayer Vortr. S. 699 und 700. Linde Handb. Bd. II S. 731 u. 732. Gensler Commentar zu Martin (Ausg. v. Morstadt) Bd. II S. 188. Schmid Handb. Bd. III §. 244 S. 536 und Note 23. v. Vangerow Lehrbuch der Pand. Seite 181 Anm. 2, so muß es hierbei um so mehr im vorl. Falle sein Bewenden behalten, als es einer constanten Rechtsprechung dieses obersten Gerichtshofs entspricht, daß das Quadr. nicht bloß bei privilegirten Parthieen, sondern bei allen, welche ob nova Restitution implorirten, erst vom Tage der erlangten Kenntniß der Nova an zu berechnen ist. — Wendet man nun

Digitized by Google

Zu 3 diesen Grundsatz auf den vorliegenden Fall an, so ist das Restitutionsgesuch keineswegs verspätet, da die Implorantin die bez. Nova erst im März 1855 und zum Theil noch später in Erfahrung gebracht haben und dieses beschwören will, das Restitutionsgesuch aber am 11. Juli 1857 eingebracht worden ist. (Ref. führt hierauf eventuell aus, daß auch, wenn man von der Rechtskraft rechne, das Quadriennium nicht abgelaufen sei.) Endlich steht

Zu 4 auch die VO. v. 12. April 1806 dem Restitutionsgesuche der Implorantin nicht im Wege. Denn Implorantin gelangte nur vermöge ihrer falschen Prämissen zu falschen Schlüssen, welche dem fraglichen Restitutionsgesuche entgegenstehen sollen. Wenn nämlich die Implorantin, worauf ihre Rest. gerichtet ist, neue Einreden und Beweise vorbringen will, so kann sie dieses selbstverständlich nur dann, wenn sie Restitution gegen das Beweiserkenntniß vom 12. Aug. 1852 erlangt, erst diese Rest. hat mittelbar auch die Rest. gegen das Erkenntniß vom 18. Sept. 1856 im Gefolge, insofern letzteres nur über das Ergebniß des Beweises, welcher auf den Grund jenes geführt wurde, sich verbreitet und jenach dem Ergebnisse der neuen Beweise bezüglich der neuen Einreden sich ändern muß. Nicht also dieses letzterwähnte Urtheil v. 18. Sept. 1856, sondern das Beweiserkenntniß vom 12. August 1852 ist es, vor welchem die Implorantin die fragl. Nova schon gekannt haben müßte, wenn sie nach der VO. v. 12. April 1806 zu beschwören gehalten sein sollte, daß sie, aller angewandten Mühe und Fleißes ungeachtet, die fragl. Nova nicht in dem bisherigen Verfahren, d. h. in dem, jenem Beweiserkenntnisse vorausgegangenen Verfahren habe vorbringen können. Nun hat aber, wie bereits erwähnt, Implorantin die neue Einrede angeblich erst im Jahre 1855 in Erfahrung gebracht. Eben darum kann sie nur zur Erhärtung der Thatsache angehalten werden, daß sie vor dem mehrgedachten Erkenntnisse von den btr. novis nichts gewußt habe. Zu diesem Eide hat sich aber auch Implorantin schon bereit erklärt. — Endlich kann

Zu §. 5 m. E. auch der von der Imploratin aus dem O.A.G.präj. Nr. 162 abgeleitete Einwand für relevant nicht betrachtet werden. (Folgt Ausführung. O.A.Gs.Pr. cit. spreche nicht von der groben Nachlässigkeit bezüglich der Geltendmachung der entdeckten Nova, sondern bezüglich der Ermittelung der Nova ꝛc.)

Aus allen diesen Gründen geht mein Antrag dahin, daß die oberaantische Beschwerde als unbegründet zu verwerfen ... sei.

Conclusum in der Sitzung vom 22. Juni 1858 „nach dem Antrage."

Die Beklagte verfolgte gleichfalls Ober-Appellation, namentlich deßhalb, weil das Restitutionsgesuch, soweit auf neue Beweismittel gestützt, wie angebracht abgewiesen worden sei.

Digitized by Google

Als Gründe wurden für die Beschwerde angegeben: 1) der judex a quo sei, indem er das Restitutionsgesuch der Beklagten abgewiesen habe, über die Erklärung und Anträge der Klägerin hinausgegangen; 2) es seien überdieß auch die formellen Gründe, aus welchen der jud. a quo das R. G. wie angeb. abgewiesen habe, nicht vorhanden. Gebeten wurde: „die Zeugen zuzulassen und über das Beweisthema zu vernehmen, sofern die Beklagte den Restitutionseid dahin ableiste, daß sie von diesen neu vorgebrachten Beweismitteln erst nach der Rechtskraft des O.A.Gs.-Erkenntnisses vom 26. Mai 1857 Kenntniß erlangt und vorher, sorgfältiger Erkundigungen ohnerachtet, keine Wissenschaft habe erhalten können."

Der Ref. des O.A.Gs. erachtete diese Beschwerde für begründet, indem er bemerkte: Zwar kann ich

Zu 1 den von der Beklagten dafür angegebenen Rechtfertigungsgrund für stichhaltig nicht erachten, daß das jud. a quo sich gegen die Regel: „ne eat judex ultra pet. part." verfehlt habe, denn ꝛc. Verschieden hiervon ist aber

Zu 2 die Frage, ob in concreto das Restitutionsgesuch so gefaßt war, daß sich daraus die fraglichen Nova als solche erkennen ließen? und diese Frage glaube ich bejahen zu müssen. Denn es steht fest: a) daß das Urtheil, gegen welches das Restitutionsgesuch der Beklagten wegen neu aufgefundener Beweismittel gerichtet ist, am 18. Septbr. 1856 vom Stadtgericht gefällt, sodann, im Gefolge dagegen eingelegter Berufung, mit Ausnahme Eines Punktes, durch hofgerichtliches Urtheil v. 19. Dec. 1856 bestätigt und dieses letztere nach eingelegter Oberberufung durch Urtheil O.A.Gs. vom 26. Mai 1857 confirmirt worden ist; ferner b) daß das Restitutionsgesuch der Bekl. erst am 11. Juli 1857 bei Gericht eingereicht worden ist; c) daß Bekl. in diesem Restitutionsgesuch erklärt hat: α) sie habe die fraglichen neuen Beweismittel erst ganz neuerdings in Erfahrung gebracht, und β) sie sei bereit, den gesetzlichen Restitutionseid zu leisten, welcher bekanntlich darauf gerichtet ist, daß der Restituant vor der betr. Entscheidung von den novis nichts gewußt habe.

Erwägt man nun, daß Bekl., indem sie sich zur Ableistung dieses Restitutionseides bereit erklärte und die neuen Beweismittel „als ganz neuerdings erfahren" bezeichnete, hiermit implicite ausgesprochen hat, daß sie diese Beweismittel erst in der ganz neueren Zeit oder erst in der jüngsten Vergangenheit nach der betr. Entscheidung in Erfahrung gebracht habe, so dürfte diese Erklärung um so mehr genügen, als die Regel besteht: Quoties in actionibus ambigua oratio est, comodissimum est, id accipi quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat, fr. 12 D. de reb. cred. (34. 5), und der Richter angewiesen ist, nach dem Satze: si quis intentione vel oratione ambigua usus sit, id quod utilius ei est, accipiendum est, den Worten der Bekl. die ihr günstigere Deu-

Digitized by Google

tung zu geben. Wollte man aber auch selbst dieses nicht entscheiden lassen, so käme doch noch in Betracht, daß Bekl. in ihrer O.A.Rechtfertigung ausdrücklich ihre früher gebrauchten Worte: „erst ganz neuerdings" dahin erläuterte, daß sie allerdings erst nach Erlaß und nach der Rechtskraft des höchstrichterlichen Erkenntnisses v. 26. Mai 1857, also im eigentlichen Sinne „ganz neuerdings", die fraglichen Beweismittel in Erfahrung gebracht habe, und daß Bekl. mit dieser neuen Erklärung nicht sowohl ihre Beschwerde gegen die sent. a qua erst zu begründen, als vielmehr ihre schon auf die Voracten gegründete Beschwerde nur zu unterstützen sucht, was ihr wohl nach dem Präj. 1 des O.A.Gs. alsdann auch schon ohne Ableistung des Appellationseides, zu welchem sie sich bereit erklärt, zu Statten kommen muß, wenn Beklagte nur den Restitutionseid ausschwört.

Aus diesen Gründen erachte ich die Beschwerde für begründet.

Der Corref. erklärte sich einverstanden und es erging Urtheil d. d. 22. Juni 1854: „I. daß die von der Beklagten als neu aufgefundene Beweismittel namhaft gemachten Zeugen ꝛc. zuzulassen und über das Beweisthema II. 4 u. 5 des Bescheids vom 12. Aug. 1852 abzuhören seien, sofern II. die Bekl. den Restitutionseid dahin ableiste, daß sie von diesen neu vorgebrachten Beweismitteln erst nach Eintritt der Rechtskraft des O.A.Gs.-Urtheils vom 26. Mai 1857 Kenntniß erlangt habe und vorher, sorgfältiger Erkundigungen ohngeachtet, keine Wissenschaft davon habe erlangen können."

14.

Feigel v. Bensheim, Bekl. ca. Werner v. da, Kl. Räumung einer Hofraithe betr. 1846.

Restitutionsgesuch gegen ein rechtskräftiges Urtheil gestützt auf angebliche Nova.

Das neue Einbringen muß erheblich sein. Wird das neue Einbringen aus einem bestimmten, in anderen Acten befindlichen Protokoll hergeleitet, und hat sich Implorant ausdrücklich auf dieses bezogen und um Adregistrirung gebeten, so kann dieses Protokoll sofort in richterliche Beurtheilung gezogen werden. Angebliche Nichtkenntniß ist kein Restitutionsgrund, wenn Implorant das neue Einbringen früher gekannt haben muß. Der Restitutionseid der VO. vom 12. April 1806 ist Bescheinigungsmittel. Dem Imploraten steht Gegenbeweis zur Verhütung des Eides zu in der Richtung, daß Implorant einen Meineid ableisten würde.

Das Landgericht Z. hatte am 5. Mai 1843 dem Kläger den Beweis seines Klaggrundes auferlegt. Nach eingetretener Rechtskraft suchte der

Digitized by Google

Beklagte, auf angebliche Nova gestützt, um Restitution nach, sich zum Restitutionseid erbietend. Das Landgericht, Hofg. in D. und das O.A.G. verwarfen indessen das Restitutionsgesuch. Der Referent des O.A.Gs. bemerkte:

I. Bei Verwerfung des von dem OAnten angebrachten Rest.gesuchs sind die Gerichte v. J. von der Erwägung ausgegangen, die Thatsache resp. das Beweismittel, worauf das Gesuch gestützt werden wolle, habe dem OAnten, als er seine Erklärung auf die Klage abgegeben, entweder bekannt sein müssen oder, wenn dieß nicht der Fall gewesen sein sollte, so habe dieß auf einer Nachlässigkeit desselben beruht, welche der Willfahrung der gebetenen W. in den v. St., beziehungsweise der Zulassung zur Ableistung des sie bedingenden Restitutionseides entgegenstehe. Ueber die Relevanz des angeblichen neuen Vorbringens und Beweismittels selbst ist sich weder von dem Gerichte erster noch zweiter J. bestimmt ausgesprochen worden, weßhalb es scheinen möchte, daß dieser Punkt dermalen einer Würdigung des höchsten Tribunals nicht zu unterliegen habe. Allein in dem Landgserk. vom 22. Septbr. 1843 ist in dem decisiven Theile das Restitutionsgesuch ganz allgemein als unbegründet verworfen worden. Wenn daher auch aus den Motiven erhellt, daß dieser Ausspruch auf der Erwägung beruhte: J. habe von dem angeblichen novo vor Ablauf der betreffenden Frist Wissenschaft gehabt oder wenigstens ohne grobe Nachlässigkeit erlangen müssen; so vermag hierin kein Hinderniß erblickt zu werden, jetzt auch die Frage zu prüfen und zu berücksichtigen, ob jene landgerichtliche Entscheidung nicht etwa jedenfalls wegen der Irrelevanz des neuen Vorbringens und Beweismittels gerechtfertigt erscheine? Wenn ich demgemäß zu einer Erörterung dieses Punkts nicht nur veranlaßt mich finde, sondern auch damit beginne, so geschieht letzteres deßhalb, weil mir daraus die Rechtfertigung der angefochtenen Entscheidung unzweifelhafter hervorzugehen scheint, als aus den der letzteren zum Grunde liegenden Motiven. Für den angedeuteten Zweck habe ich nun

II. Folgendes zu bemerken:

1) Ein nicht zu bestreitender Rechtssatz ist es, daß der Cridar im eigenen Interesse Vermögensansprüche verfolgen könne, auf deren Geltendmachung für die Concursmasse von den Concursgläubigern — sei es zu seinen Gunsten oder weil sie keinen Vortheil davon erwarten — unbedingt verzichtet worden ist. Die Behauptung, daß ein solches Verhältniß vorliege, wäre daher im Allgemeinen an sich geeignet gewesen, als novum eine rechtlich relevante thatsächliche Grundlage für das Rest.-Gesuch des Oaanten zu bilden.
2) Jedes Rest.-Gesuch, welches auf angeblich neue Thatsachen gestützt wird, erheischt eine genaue Bezeichnung der letzteren, weil ohne eine solche der Rest.implorat sich nicht gehörig vertheidigen, namentlich keine Erklärung darüber abgeben kann, ob die Thatsachen als

Digitized by Google

neue, im Sinne des Rest.verfahrens, und als relevante zu betrachten seien oder nicht? Nur insoweit das unter 1 berührte factische Moment darin genügend substanziirt worden war, hatte daher des Oanten Rest.gesuch Beachtung anzusprechen. Alsdann reducirt sich der relevante Theil seines Vorbringens offenbar auf die Behauptung: die Concursgläubiger hätten in dem Termine v. 16. Januar 1838 eine Erklärung abgegeben, aus welcher folge, daß sie für die Masse keinen Anspruch auf das fragliche Haus machen, mithin die etwaige Erhebung eines solchen dem Cridar überlassen wollten.

Ref. führt nun näher aus, daß das Rest.gesuch nur als auf die in dem Protokolle vom 16. Januar 1838 von den Creditoren abgegebene Erklärung gestützt betrachtet zu werden vermöge; daß er dieses Protokoll durch die Bezugnahme des Oanten auf dasselbe und die Bitte um Adregistrirung der betr. Acten der richterlichen Würdigung unterworfen habe, daß aber dieses Protokoll in Ansehung seiner Relevanz zu keinem der Oanten günstigen Resultate führe. Sodann bemerkt er weiter:

Eventuell würde ich aber auch

III. geneigt sein, mit dem Ref. v. J. anzunehmen, daß, selbst wenn jenes Protokoll eine für die Begründung des Restitutionsgesuchs relevante Erklärung der Gläubiger enthielte, dem Oanten dennoch nicht zu gestatten sein würde, dem Gebrauche derselben zum Zwecke der gebetenen W. in den v. St. durch Ableistung des Rest.eides Eingang zu verschaffen. Der Referent v. J. hat sehr scharfsinnig die Motive dargelegt, welche seiner Meinung nach dafür sprechen, daß selbst gemeinrechtlich eine Restitution wie die vorliegende nicht durch Nova begründet zu werden vermöge, welche dem Imploranten durch sein eignes Verschulden bisher unbekannt geblieben seien. Dieser Satz ist inzwischen unter den Rechtslehrern bestritten und es erhellt schon aus der in der hofgerichtlichen Begutachtung eingeschalteten Stelle des Gönner'schen Handbuchs (Abh. 66 §. 17) — womit sich m. E. Linde in dem Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln §. 281 S. 720 einverstanden erklärt — daß seine Richtigkeit keinesfalls unzweifelhaft erscheinen dürfte. Dagegen steht jenem Satze die Vorschrift unserer Particular-VO. vom 12. April 1806 allerdings insofern zur Seite, als die Schlußworte des darin formulirten Rest.eides m. E. deutlich zu erkennen geben, wie damit implicite auch beschworen werden muß, daß es nicht auf einer Nachlässigkeit des Imploranten beruht habe, wenn derselbe von dem ihm bekannt gewesenen Novo bisher in dem Prozesse keinen Gebrauch gemacht, indem er solches vielmehr „aller angewandten Mühe und Fleißes ungeachtet" in dem bisherigen Prozesse nicht habe herbeischaffen können. Wenn auch im ersten auf die Unkenntniß des novi sich beziehenden Theile jener Eidesformel nichts enthalten ist, was auf das vorberührte Erforderniß — den Mangel eignen Verschuldens —

Digitized by Google

hindeutet, so läßt sich doch ob paritatem rationis kaum annehmen, daß der Gesetzgeber für ein derartiges Verhältniß von einem andern, als demjenigen Gesichtspunkte ausgegangen sei, welchem er bei dem im zweiten Theile der Formel unterstellten Falle — in Uebereinstimmung mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen — festgehalten hat. — Gegen die Zulassung des Danten zur Ableistung des Rest.eides könnte vielleicht auch noch das Nachstehende in Betracht gezogen werden: Obgleich jener Eid den Gefährdeeiden beigezählt wird, so kann er doch selbst nach seiner in den Reichsgesetzen vorgeschriebenen Fassung nicht lediglich aus diesem Gesichtspunkt gewürdigt, d. h. als bloß für den Zweck berechnet betrachtet werden, eine eidliche Versicherung des Schwörenden darüber herbeizuführen, welche zu dem Schlusse berechtige, daß derselbe nicht aus Chikane gegen die andere Parthie handle. v. Grolmann Theorie des gem. Verfahrens §. 69. Eine hierauf ausschließlich gerichtete Versicherung läßt sich m. E. in jener Formel höchstens nur insoweit erblicken, als damit beschworen wird, daß der Rest.kläger das neue Vorbringen für sachdienlich nicht gehalten habe — weil sich hieran die Folgerung knüpft, daß der Schwörende bei der früher unterlassenen Geltendmachung des novi keine Verzögerung des Prozesses, keine Chikane bezweckt habe. Die Eigenschaft eines Bescheinigungsmittels ist dagegen dem reichsgesetzlich vorgeschriebenen Rest.eide offenbar insofern beizumessen, als damit constatirt werden werden soll, daß der Rest.implorant von dem neuen Vorbringen keine Wissenschaft gehabt habe. Als ein bloßes Bescheinigungsmittel stellt sich aber m. E. der Rest.eid nach der durch die VO. vom 12. April 1806 bestimmten Formel dar, denn diese berührt nur thatsächliche Elemente, nämlich: daß der Implorant von dem neuen Einbringen früher Nichts erfahren, oder daß er es, aller angewandten Mühe und Fleißes ungeachtet, in dem bisherigen Prozesse nicht habe herbeischaffen können. Die VO. betrachtet auch den Rest.eid als ein Bescheinigungsmittel, indem sie bestimmt: Niemand solle sich der Ableistung desselben durch sonstige Bescheinigungsmittel entziehen können. Mag es daher auch bei einem bloß auf die Intention des Schwörenden gerichteten Gefährdeeid zweifelhaft erscheinen, ob dem Gegner verstattet sei, dessen Ableistung zu hindern, indem er zu beweisen sucht, daß jener allerdings aus Chikane handle, so liegt doch m. E. kein Stoff zu einem Zweifel hierüber bei einem Eide vor, der sich als ein bloßes Bescheinigungsmittel darstellt, wenn auch der gesetzlichen Bestimmung, welche die Ableistung desselben verlangt, mit der Zweck zum Grunde gelegen haben mag, zu verhüten, daß die Geltendmachung neuer Thatsachen nicht zu chikanösen Prozeßverzögerungen mißbraucht werde. Hält man diesen Gesichtspunkt fest, so kann doch wohl dem Gegner des Rest.imploranten die Befugniß nicht versagt sein, wie bei jedem andern Eide, auch bezüglich des Restitutionseides darzuthun, daß Jener, wenn er schwöre, sich eines Meineids schuldig machen würde. Es muß vielmehr

Digitized by Google

m. E. angenommen werden, daß der Implorat zu dem Beweise zuzulassen sei, „sein Gegner habe von dem neuen Einbringen Wissenschaft gehabt, auch dasselbe, bei gehörig angewandter Mühe, gehörigem Fleiße, in dem bisherigen Prozesse herbeischaffen können.“ Wenn daher Oat die Zulassung des Oanten zur Ableistung des Rest.eides aus dem Grunde bestritten hat, weil nach dem Protokoll vom 16. Jan. 1838 bereits erwiesen vorliege, daß derselbe Wissenschaft von dem neuen Einbringen gehabt habe, so hat diese Behauptung — ihre Richtigkeit vorausgesetzt — rechtliche Berücksichtigung anzusprechen, indem nach den gegebenen Verhältnissen davon gar nicht die Rede sein kann, daß Oant das neue Einbringen, sofern er Wissenschaft davon hatte, in dem bisherigen Prozesse nicht habe herbeischaffen können, da das Protokoll vom 16. Jan. 1838, wie bei der erwähnten Unterstellung Oant gleichfalls wissen mußte, sich bei den Gerichtsacten befand, auf die er sich nur beziehen durfte. Unter dem gedachten Protokolle ist nun aber die geschehene Vorlesung und Genehmigung desselben ausdrücklich bemerkt, und da es sich als eine mit öffentlichem Glauben versehene Urkunde darstellt, so muß nach ihm für vollständig erwiesen angenommen werden, daß Oant Kenntniß von dem Inhalte des Protokolls erlangt und letzteren genehmigt habe. Dieser Beweis kann ebenso wenig durch den Eid des Oanten entkräftet w., als solches der Fall sein würde, wenn seine Wissenschaft von dem Inhalte des Protokolls durch die Aussage zweier classischen Zeugen von dem Oaten dargethan worden wäre. Ich stütze jedoch hauptsächlich auf die über die Irrelevanz des novi gelieferte Ausführung meinen Antrag: „die vollen App.prozesse, mit Verurtheilung des Oanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, abzuschlagen.“

Der Correferent war „überall einverstanden“ und in der Sitzung vom 9. Dec. 1846 trat das Colleg dem Antrag des Referenten einstimmig bei „und zwar in Berücksichtigung sämmtlicher dafür erörterten Motive.“

15.

Restitutionsgesuch einer Frau nach rechtskräftigem Erkenntniß wegen Unkenntniß der exceptio SCti Velleiani.

Schönbergers Ehefr. v. Ober-Mossau, Bekl. ca. Reimherr in Beerfelden, Kl. Forder. betr. 1847.

Remedium und Beneficium. Beweis der Ignorantia.

Kläger hatte bei dem Landgericht M. dahin Klage erhoben: Peter Sch., der Sohn der Bekl., von welchem er 2000 fl. zu fordern habe, sei in Concurs verfallen und habe mit seinen Gläubigern ein Arrangement abgeschlossen; um ihn, Kläger, zu bestimmen, diesem Arrangement beizutreten, habe die Bekl. ihm in einer Urkunde versprochen, auf seine Forderung

Digitized by Google

500 fl. zu zahlen, wenn er wegen des Ueberrestes der hiernach noch verbleibenden Schuld des Peter Sch. sich den Beschlüssen der übrigen Gläubiger anschließen und das Arrangement genehmigen würde. Dieses Versprechen der Bekl. habe er angenommen, sei hiernach auch dem Arrangement beigetreten, nun aber weigere sich die Bekl. die versprochenen 500 fl. ihm zu bezahlen, er bitte deßhalb, dieselbe zur Zahlung schuldig zu erkennen.

Die Bekl., welche sich persönlich gegen diese Klage vertheidigte, gab die thatsächlichen Angaben als richtig nach und schützte mehrere irrelevante Einreden vor, warum sie nicht glaube schuldig zu sein, ihr Versprechen zu halten, ohne sich jedoch auf die Rechtswohlthat des S. C. Vellejani zu berufen. Das Landgericht erkannte, daß die Bekl., Einwendens unerachtet, schuldig sei, die eingeklagte Summe zu bezahlen. — Nachdem dieses in appell. bestätigte Erkenntniß die Rechtskraft beschritten, trat der Anwalt der Bekl. am 22. Juni 1845 mit einem Rest.gesuch auf, wodurch der in der Erklärung auf Klage nicht vorgeschützten exceptio SCti Vellej. noch Eingang verschafft werden sollte. — Der Anwalt des Klägers bestritt dieses Rest.gesuch. Das Landg. ließ dasselbe bedingt d. h. unter Voraussetzung des nach Maßgabe der VO. von 1806 speciell regulirten Rest.eides zu, und dieses Urtheil wurde, nachdem zuvor in II. Instanz auf Abweisung des Rest.gesuchs erkannt worden war, durch Erkenntniß O.A.Gs. wiederhergestellt. Das Gutachten bemerkte: Was die Sache selbst betrifft, so ist die von der Dantin nachgesuchte Rest. aus formellen und materiellen Gründen angefochten worden, aus formellen, weil hier die Voraussetzungen einer Rest.ertheilung, insbesondere in der Art, wie solche erwirkt werden will, nicht vorhanden seien, und aus materiellen Gründen, weil eine Intercession auf Seiten der Bekl. gar nicht vorliege, mithin auch von einer exc. SCti Vell., welcher noch per modum restitutionis Eingang werden solle, nicht die Rede sein könne. Ich halte es für zweckmäßig, den letzteren Punkt zuerst zu erörtern, weil, wenn das Colleg mit dem Danten annehmen sollte, daß es sich hier nicht um eine Intercession, sondern um eine eigne selbstständige Verbindlichkeit handle, die nachgesuchte Restitution sich schon aus diesem Grunde als unstatthaft darstellen würde.

M. E. ist es keinem Zweifel unterworfen, daß in concreto eine eigentliche Intercession, die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit zum Vortheil des Dritten, vorliegt. (Folgen Ausführungen; die exceptio sei sonach eine relevante Einrede.)

Nunmehr kommen zwei Fragen in Betracht: 1) Liegt eine genügende causa rest. vor? 2) Ist die Restitution auf zuläßige Weise nachgesucht worden?

Ad 1. Das Rest.gesuch wird darauf gestützt, die Rest.Jantin habe die ihr gegen die übernommene Intercession zur Seite stehende Einrede aus dem Vellejanischen Rathschluß nicht gekannt, sie habe sich in Unwissenheit über die gesetzliche Existenz dieser gesetzlichen Bestimmungen befunden.

Digitized by Google

Unwissenheit, ignorantia und error werden aber in Beziehung auf ihre rechtlichen Folgen als gleichbedeutend im röm. Recht angenommen. fr. 1. 7. 8. D. de juris et facti; ignor. fr. 15. §. 1. D. de contr. emt. vend.; Glück Pand. Bd. 4 §. 297. Der error im Allgemeinen gehört zu den prätorischen Restitutionsgründen. fr. 2. fr. 7. pr. D. de in int. (4. 1). Thibaut Pand. 1005. Glück l. c. Bd. V S. 160. Schweppe Röm. Priv.R. §. 1010. Wening-J. Civil-R. VI §. 563. Savigny Civ.R. Bd. III S. 331. Bei dem error unterscheidet man aber bekanntlich zwischen error juris und error facti. In concreto handelt es sich um den ersteren, was die Jantin vergebens zu bestreiten sucht, denn factisch ist hier nur, daß eine Frau für die Schuld eines Mannes intercedirt hat; dieses Factum war aber von Anfang an ein bekanntes, es lag der früheren Verhandlung bereits zu Grunde und es herrschte hierüber nicht im Geringsten eine Ungewißheit, die Intercedentin befand sich nur darüber in Ungewißheit, daß ihr als Frau die exc. SCti Vell. gegen die übernommene Bürgschaft gesetzlich zur Seite stehe, sie versirte mithin in errore juris. Da der Gesetzgeber von der Voraussetzung ausgeht, daß jeder die Gesetze kenne, wenigstens verlangt, daß er sich darüber belehre, so ist es allgemeine Rechtsregel, daß der Irrthum namentlich dann nicht verziehen wird, — specielle Ausnahmefälle abgerechnet, — wenn er durch Befragen bei Rechtsgelehrten hätte vermieden werden können. Gesetz und Doctrin sind über diese Sätze nicht zweifelhaft; c. 12 C. de jur. et facti ign. c. 9. de legibus. Thibaut l. c. §. 29. Mühlenbruch Röm. R. §. 50, §. 96. fr. 9 pr. §. 3. D. 22. 6. c. 9. C. 6. 50. Wening-Ingenheim l. c. I. §. 128. Mackeldey Röm. R. §. 163. Die Vorschrift des SCti Vell. ist aber eine gemeinrechtliche, allgemein bekannte und es ist deßhalb als eine nicht zu entschuldigende Negligenz zu betrachten, wenn die Rest.Jantin, auf Bezahlung ex intercessione belangt, und da sie, wie geschehen, ihre Zahlungsverbindlichkeit bestreiten wollte, sich nicht bei einem Rechtsgelehrten darüber Raths erholte, welche Rechtsbehelfe ihr etwa gegen die Klage zur Seite stünden, es würde wenigstens zu weit führen, die größten Unsicherheiten hervorrufen, wollte man mit dem Landg. annehmen, daß der Rechtsirrthum nur dann schade, wenn man leicht Rechtsbelehrung hätte erhalten können. Hinsichtlich aller Bestimmungen des gem. R. muß m. E. unterstellt werden, daß Rechtsbelehrung erfolgen kann — wenn nur überhaupt die Parthie die Möglichkeit hat, einen Rechtsgelehrten zu consultiren — und daß derjenige, der solche Rechtsbelehrung nachzusuchen unterläßt, sich einer Negligenz schuldig macht. Es würde mithin in concreto der geltend gemachte Rest.grund als ein ungenügender betrachtet werden müssen, wenn nicht der Umstand näher in Berücksichtigung zu ziehen wäre, daß es eine Frau ist, welche, auf den Irrthum gestützt, um Rest. nachsucht, Weiber aber in den Gesetzen in Beziehung auf den error und dessen Imputation begünstigt sind, insbesondere wenn es sich, wie hier, de damno vitando

Digitized by Google

handelt. Mackeldey Lehrb. §. 163. Die den Weibern in dieser Beziehung von den früheren röm. Gesetzen eingeräumten, ausgedehnten, mit denen der Minderjährigen oft gleichgestellten Begünstigungen, fr. 8. §. 2. D. qui satisdare cogant., sind in der c. ult. C. de juris et facti ig. auf die in den früheren Gesetzen ausdrücklich bestimmten Fällen beschränkt worden. Dieses Gesetz sagt nämlich: ꝛc. In der Doctrin haben sich auch die bewährtesten Rechtslehrer dafür ausgesprochen, daß die Begünstigung der Frauen in Beziehung auf Rechtsunwissenheit auf diese bestimmten Fälle zu beschränken sei; Glück Bd. 22 S. 552 ꝛc.; Wening. J. I §. 129, VI §. 563; Schweppe I. §. 96; Thibaut §. 29. ed. 8; Mühlenbruch I §. 96; Savigny Bd. 3 S. 432 ꝛc. — Zu diesen Fällen zählt nun und es bestimmt c. 9. C. ad SC. Vell.: ꝛc. Es ist also hier ausdrücklich verordnet, daß eine Frau das nach vorhergegangener Intercession aus Rechtsunwissenheit und Unkenntniß der ihr aus dem SCt. zustehenden Rechtswohlthat Gezahlte condictione indebiti zurückfordern kann. Glück l. c. Bd. 14 §. 461. Bd. 22 S. 354; Mackeldey l. c. §. 441; Thibaut §. 605. — Es liegt sonach zwar keine spezielle Bestimmung vor, welche verordnet, daß wenn eine Frauensperson aus Unkenntniß des Gesetzes es versäumt hat, die exc. SCti Vell. vorzuschützen und sie zur Zahlung condemnirt worden — was gerade unser Fall sein würde —, sie im Wege der Restitution noch die Einrede nachträglich geltend machen könne, allein es ist durch jenes Gesetz noch mehr geschehen, es ist bestimmt, daß sogar die aus Rechtsirrthum gezahlte Schuld wieder repetirt werden könne. Hiermit ist aber der Rechtsgrundsatz ausgesprochen, daß den Frauen die Unkenntniß der ihnen in Bezug auf übernommene Bürgschaften zustehenden Rechtswohlthaten nicht schaden, daß sie selbst nach erfolgter Zahlung sich noch mit rechtlicher Wirkung darauf sollen berufen können, es muß ihnen mithin umsomehr gestattet sein, die ihnen hiernach zustehende Einrede noch geltend zu machen, wenn sie, ex intercessione belangt, condemnirt sind, das Urtheil aber noch nicht zur Vollstreckung gelangt ist. Es erscheint daher m. E. in concreto die ignorantia juris, auf welche die R.Jantin sich beruft, an sich relevant und beachtungswerth, und es fragt sich daher:

Ad 2. Ist die Restitution auf zulässige Art nachgesucht worden?

Der Anwalt der Jantin hat erklärt, daß er vermöge des remedii restitutionis der neuen Einrede Eingang verschaffen wolle, während der Jat behauptet, daß nur von dem benef. rest. hier die Rede sein könne. Ich halte diese letztere Ansicht aus zwei Gründen für die richtigere:

1) weil das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in d. v. St. auf einen error juris nicht gestützt zu werden vermag.

Nach röm. Recht konnte nur in bestimmten Fällen eine Wiedereinsetzung gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß erlangt werden, z. B. wegen Abwesenheit, Minderjährigkeit u. s. w., wegen

Digitized by Google

Irrthums aber konnte ein rechtskräftiges Erkenntniß nicht angefochten werden, Bayer Civil-Prozeß S. 686; Linde Handb. Bd. V S. 687, ein Grundsatz, welcher nach dem Zeugniß v. Linde S. 693 in noch höherem Grade von dem Rechtsirrthum, als von einem solchen über Thatsachen, gilt. Erst durch die deutsche Praxis und Gesetze ist bekanntlich das Rechtsmittel der W.E., wie es dermalen in foro üblich ist, eingeführt worden, dasselbe erfordert aber nach dem gem. Bescheid des Reichs-KG-s. v. 6. Juli 1669 in facto emergirende nova oder neue Beweise; Bayer S. 688, Linde Handb. Bd. V S. 281, Gensler im Arch. für civ. Pr. Bd. IV S. 130 ꝛc. Von einer auf ein novum in facto gestützten Einrede ist aber in concreto keine Rede, sondern nur von einer der RImplorantin bisher unbekannt gewesenen gesetzl. Bestimmung, wie solches bereits oben näher angeführt wurde, mithin von einem novum in jure, welches aber nach dem Obigen zur Begründung des Rechtsmittels der Rest. nicht gebraucht werden kann. Gensler l. c. S. 130 sagt in dieser Bez.: „Rechtsgrundsätze aus den promulgirten Gesetzen können nie „neu" sein, denn neue Gesetze sind nicht zurückzuziehen und die zur Zeit des Rechtsstreits bestehenden Gesetze sind ohnehin ein Gegenstand des richterlichen Erfüllungsamtes" ꝛc.

2) Ein weiterer Grund gegen die Statthaftigkeit des remedii restitutionis liegt aber darin, daß die Restitution zunächst gegen den Ablauf der Frist zur Erklärung auf die Klage nachgesucht wird und nur folgeweise das auf die Verhandlung gefolgte Erkenntniß aus dem Wege geräumt werden soll. Es liegt eine Versäumniß in Vorschützen einer Einrede vor, es soll mithin Rest. gegen den Ablauf der Erklärungsfrist auf die Klage erwirkt werden, damit von dieser Einrede jetzt noch Gebrauch gemacht werden könne, und es wird zu diesem Zweck deducirt, daß ein entschuldbarer Irrthum vorliege, welcher die rechtzeitige Geltendmachung dieser Einrede verhindert habe, es wird mithin, da, wie oben bemerkt, error u. ignorantia prätorische Rest.gründe sind, ex clausula generali praetoris um Rest. nachgesucht und diese kann nur vermöge des beneficii restit. geltend gemacht werden, da, wie bemerkt, zunächst nur Rest. gegen den Ablauf der Erklärungsfrist erforderlich ist. Daß dergleichen, auf entschuldbare Unkenntniß eines Gesetzes gegründete Restitutionen als rest. ex claus. gen. zu betrachten und vermöge des beneficii geltend zu machen sind, ist von Seiten des obersten Gerichts in mehreren früher bei dem Reichs-K-Gericht anhängigen Prozessen, wenn es sich um Rest. gegen den Ablauf der in der VO. vom 10. Jan. 1807 vorgeschriebenen Reassumtionsfrist handelte, vorgekommen; vgl. Acten und Relationen 1) In S. Solms modo der Herrn Landgrafen von Hessen-Philippsthal und Barchfeld ca.

Digitized by Google

den Herrn Fürsten zu Hohen-Solms. 1826—33. 2) In S. v. Bechtolsheim ca. v. Mauchenheim. 1842. 3) Freistift Wallenstein ca. den Hrn. Grafen zu Schlitz. 1823. Daß in concreto ein rechtskräftiges Erkenntniß in Mitte liegt, ändert hieran Nichts, da dessen Beseitigung nicht zunächst Zweck der nachgesuchten Restitution ist, es vielmehr, wird gegen den Ablauf der Erklärungsfrist restituirt, als nothwendige Folge hiervon erscheint, daß das Erkenntniß ebenfalls hinwegfällt. Statt näherer Begründung dieser Ansicht, erlaube ich mir, hier auf dasjenige Bezug zu nehmen, was ich mit Rücksicht auf die Ausführungen von Gensler u. Linde in S. des Samuel u. Bär Idstein zu Babenhausen ca. die Erben des Lazarus Cleve zu Hanau, Forderung betr., ausgeführt habe, und was hier ebenfalls anwendbar ist, da dort, wie hier, nach entschiedner Sache Rest. gegen den Ablauf der Erklärungsfrist, darauf gestützt, nachgesucht wurde, daß den Beklagten eine gesetzliche Bestimmung, worauf sie eine Einrede stützen wollten, nicht bekannt gewesen sei.

Ist man damit einverstanden, daß die hier nachgesuchte Rest. nur vermöge des benef. restit., nicht aber des Remedii zu erwirken war, so fragt es sich vor Allem, ob dieselbe in der angebrachten Art als zulässig erscheint, nachdem der iantische Anwalt sowohl in erster, als in dieser obersten Instanz, sich nur auf dieses zur Begründung des Rest.gesuchs bezogen hat. Ich würde nun allerdings annehmen, daß unter diesen Umständen dasselbe als angebrachtermaßen unstatthaft zu verwerfen sei, wenn nicht, nach Maßgabe der in erster J. über die Rest. gepflogenen Verhandlungen, die Sache so betrachtet werden könnte, als sei die Frage, ob dieser oder jener Rechtsbehelf hier platzgreiflich sei, zwar unter den Parthieen zum Gegenstande gegenseitiger Erörterungen gemacht werden, ohne jedoch der richterlichen Entscheidung dahin präjudiciren zu wollen, daß nur über das eine oder andere zu erkennen sei. Der Jat hat die Ansicht der Jantin, daß hier das remed. zulässig sei, bekämpft, hat deducirt, daß nur das benef. als das hier anwendbare erscheine, und speciell erörtert, daß dessen Voraussetzungen mangelten, und auch hierüber hatte die Rest.Jantin Gelegenheit, sich replicando zu äußern; es ist mithin von beiden Theilen über die hier zulässige Rest.art und deren Voraussetzungen verhandelt worden und ich halte es hiernach für zulässig, ohne Rücksicht auf die von Seiten des R.Janten gewählte technische Bezeichnung ihres R.gesuchs, nur die demselben zu Grunde gelegten facta zu berücksichtigen und darauf zu judiciren.

Der RJat hat das Rest.gesuch, abgesehen von der schon oben erörterten Frage über das Vorhandensein einer justa rest., auch deßhalb bekämpft, weil die in dem Gesetze vom 1. Mai 1830 für Rest. gegen versäumte Handlungen bestimmten Erfordernisse nicht vorhanden seien; inzwischen ist dieß Gesetz hier offenbar nicht anwendbar; es handelt sich in

Digitized by Google

concreto nicht darum, als ob die Beklagte die Frist zur Erklärung versäumt, unthätig hätte verstreichen lassen und sie nun die versäumte Handlung nachbringen wolle, die Beklagte hat vielmehr die Frist zur Erklärung eingehalten, sie hat ihre Erklärung auf die Klage abgegeben, sie will nur eine damals nicht geltend gemachte Einrede noch nachholen und verlangt zu diesem Zwecke Rest., also nicht, weil sie die Frist unbenutzt hatte verstreichen lassen, sondern weil ihr die Einrede damals noch unbekannt gewesen sei. Die Frist, um eine vorher unbekannt gewesene Thatsache im Wege der Restitution geltend zu machen, ist aber gesetzlich an die Zeit von 4 Jahren gebunden, und dieser gesetzlichen Bestimmung ist durch das, für ganz andere Fälle gegebene Gesetz vom 1. Mai 1830 nicht derogirt worden, wie dies auch in der Rechtsprechung des obersten Gerichts einem Zweifel nicht unterliegt. Da aber im vorliegenden Fall das Quadriennium noch nicht abgelaufen ist, so steht in dieser Beziehung dem Rest.gesuche nichts entgegen.

Die Beklagte hat sich zum Beweise ihrer causa rest. zum Eide erboten, von der Voraussetzung ausgehend, daß die Bestimmungen der VO. vom 12. April 1806 über das Remed. rest. zur Anwendung kämen, und das Landgericht hat auch auf denselben dahin erkannt: „daß sie vor ihrer Erklärung auf Klage und vor dem Bescheid vom 12. Jan. d. J. nicht gewußt habe, daß sie sich zum Schutze gegen die Klage auf ein Gesetz berufen könne, welches die Bürgschaft eines Weibes nicht für rechtsverbindlich erkläre." Das Gericht ging hierbei von der Ansicht aus, daß es sich um das Rechtsmittel der Restitution und den durch die oben erwähnte VO. normirten Eid handle. Ist nun auch diese Ansicht nicht richtig, so kommt doch in Betracht, daß zwar, wie auch das von den Jaten angerufene Präjudiz Nr. 88 sagt, das Erbieten zum Eid kein taugliches Mittel zum Beweise des Irrthums ist, daß aber, wenn es sich um Restitution wegen entschuldbarer Unwissenheit über die Existenz eines Gesetzes handelt, in Uebereinstimmung mit der Doctrin, Glück Bd. 22 S. 360, Gensler Arch. Bd. IV S. 17, in der Rechtsprechung die Zulässigkeit dieses Beweises durch Erbieten zum Eid zu erbringen, in den oben allegirten Reichs-K-Gs.Prozessen anerkannt worden ist, und es wird mithin hiernach gegen den auferlegten Eid und dessen Fassung nichts zu erinnern sein. Die Worte „und vor dem Bescheid vom 11. Januar d. J." sind zwar, da es sich hauptsächlich um Restitution gegen den Ablauf der Erklärungsfrist handelt und es auf die Wissenschaft resp. Unkenntniß zu jener Zeit ankommt, nicht wesentlich, da aber lediglich um Wiederherstellung des Landgerichts-Erkenntnisses gebeten worden, auch Oantin sich bei demselben in zweiter Instanz beruhigt hat, so würde eine Modification desselben bekannten Prozeßvorschriften widerstreiten.

Dem Ausgeführten zufolge kommt mithin bei Beurtheilung der vorliegenden Appellation in Betracht:

Digitized by Google

1) Es liegt nach dem Klagevorbringen eine Interceſſion der Dantin für einen Dritten vor, gegen welchen die exceptio SCti Vellej. zuläſſig iſt;
2) Die Oberappellantin hat es verſäumt, von dieſer Exception zu rechter Zeit Gebrauch zu machen, weil, wie ſie behauptet und beſchwören will, ihr die zu Gunſten der Weiber in dieſer Beziehung beſtehenden Rechtswohlthaten unbekannt waren, ſie ſucht daher um Reſtitution dagegen nach, ein Verlangen, welches begründet erſcheint, da die Geſetze den Weibern, wenn es ſich de damno vitando handelt, im Allgemeinen begünſtigen, und insbeſondere denſelben die Rechtsunwiſſenheit nicht zum Nachtheil gereichen ſoll, wenn ſie ſich verbürgt haben, indem ihnen dann ſogar geſtattet iſt, das ex intercessione Gezahlte conditione indebiti zurückzufordern, wenn ſie über die Geſetze in Unwiſſenheit waren;
3) Die hier zu erwirkende Reſtitution iſt das benef. ex clausula generali praetoris und es ſteht deſſen Statthaftigkeit in concreto nicht entgegen, daß der Anwalt der Jantin, von irrigen Rechtsanſichten geleitet, ſein Geſuch als remedium rest. contra sententiam bezeichnet hat, da die weſentlichen Vorausſetzungen des beneficii vorhanden ſind;
4) Die nachgeſuchte Reſt. iſt zu ertheilen, wenn der Beweis des Irrthums durch den Eid, wozu ſich die Jantin erboten und worauf das Landgericht erkannt hat, hergeſtellt wird.

Der Correferent erklärte ſich „mit Bezug auf die ihm bekannt gewordene Rechtſprechung des Collegs“ einverſtanden und am 19. Juni 1847 trat der Senat dem Antrage bei.

16.

Adam Wenzel Wtw. v. Klein-Auheim, Bekl. ca. Salomon Homberger in Darmſtadt, Kl. Forderung reſp. Pfandherausgabe betr. 1856.

Reſtitutionsgeſuch einer Frau zur Einbringung der exceptio cedendarum actionum nach rechtskräftigem Erkenntniß geſtützt auf ignorantia.

Remedium oder Beneficium? Nach dem Gem. Beſch. v. 1669 und der VO. v. 12. April 1806 ſind nur neue Thatſachen (im Gegenſatz zu nova in jure) zuläſſig. Frauen ſind in Anſehung des Rechtsirrthums nur in den in den Geſetzen ausdrücklich bemerkten Fällen privilegirt. Privilegirte Einreden kennt die heſſiſche Rechtſprechung im Allgemeinen nicht.

Die A. W's. Wittwe verſuchte vermittelſt des Rechtsmittels der Reſtitution das beneficium cedendarum actionum nach rechtskräftigem

Digitized by Google

Urtheile einzubringen, indem sie sich zur Ableistung des Restitutionseides erbot, daß sie früher von diesem beneficium keine Kenntniß gehabt habe. Dieses Gesuch wurde indessen vom Hofg. in D. und hiernächst auch vom O.A.G. zurückgewiesen. — Der Referent des Hofg. begründete seinen desfallsigen Antrag wie folgt: Das Rechtsmittel der Restitution, mit welchem dem neuen Einredevorbringen Geltung verschafft werden solle, finde nach dem G. B. v. 7. Juli 1669 „einzig und allein auf die in facto emergirende neue dienliche und erhebliche Umstände oder zur Hand gebrachte Urkunden" ꝛc. statt. Die hess. Particular-VO. vom 12. April 1806 sage nicht, daß auf andere nova die Restitution erkannt werden dürfe, sie habe nur schlechthin die Eidesformel bestimmt, nach der der Implorant über die sonst gesetzlich im Allgemeinen zulässigen nova schwören solle. Das Rechtsmittel der Restitution finde daher auch nach der VO. qu. allein nur wegen neu aufgefundner Thatsachen oder Beweismittel statt. Die Rechtsprechung habe in dieser Hinsicht keinen Zweifel und könne sonach als feststehend angenommen werden, daß die Beklagte, insoweit sie sich nicht auf einen neuen Thatumstand, sondern bloß auf ein vorher nicht geltend gemachtes Recht berufe, jenes Rechtsmittel nicht habe. Im Fragefall sei das letztere bei der Implorantin der Fall und sie habe daher jenes Rechtsmittel nicht. Prüfe man weiter, ob die Beklagte, wie sie behaupte, als Frau dahin gesetzlich begünstigt sei, daß sie auch aus einem Rechtsirrthum eine Rest. ansprechen könne, so könne, davon abgesehen, daß dieses formell nicht das Rechtsmittel der Rest. begründe, sondern zu einer prätorischen Rest. des römischen Rechts führe, auch solches nicht angenommen werden. Aus Irrthum im Recht oder aus Rechtsunwissenheit finde im Allgemeinen, sofern eine Belehrung möglich gewesen, keine Rest. statt. Für Frauen seien allerdings Ausnahmen begründet und namentlich zur Abwendung von Schaden, jedoch nicht unbedingt und allgemein, sondern nur in besonders bestimmten Fällen. Schweppe I §. 96. Mühlenbruch im A. f. civ. Pr. II. S. 441. Pand.R. I §. 96. Wening-Ingenheim I §. 128. Unter diesen Ausnahmen zählten die Gesetze den versäumten Gebrauch des benef. ced. act. nicht auf. Die von der Implorantin angerufene Entscheidung des O.A.Gs v. 1847 in S. Schönbergers Ehefrau ca. Reimherr sei nicht von einem größeren Recht der Frauen ausgegangen. Der Anwalt der Implorantin habe sich endlich darauf berufen, daß eine Versäumung seiner Mandatin mit dem angesprochnen benef. von Einfluß überhaupt nicht sein könne, da dieses benef. in dem röm. Recht selbst noch gegen die actio judicati zugelassen werde. Doch auch dieses begründe Nichts. Die Einreden, die in dem röm. Recht rücksichtlich der Zeit des Vortrags privilegirt seien, daß sie noch der actio judicati hätten entgegengestellt werden dürfen, und zu ihnen zähle nach fr. 41 §. 1 D. 46. 1 allerdings das benef. ced. act., hätten solche Begünstigung durch die neuere Vorschrift des J. R. A. §. 37. 78 verloren, wonach der Beklagte

Digitized by Google

in primo termino außer der Erklärung über die der Klage zum Grund liegenden Thatsachen „auch was er dabei dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal (zusammenhaft) bei Strafe der Präclusion einbringen soll." Gönner Handb. II S. 194; Schmid Handb. II. S. 56. Die Rechtsprechung sei, soviel dem Referenten bekannt, in diesem Punkt schon vollkommen feststehend.—E. v. 7. April 1856.—Bei dem O.A.G. wurden im Wesentlichen dieselben Gründe geltend gemacht. Nova in jure berechtigten nie zur Ertheilung des Remed. rest. Ebensowenig stehe dieses Rechtsmittel aus dem Grunde zu ertheilen, weil der Implorantin als Frau Rechtsunwissenheit und Irrthum verziehen werde, denn auf diesen Grund hin könnte wohl nach den Bestimmungen des röm. Rechts eine Restitutionsertheilung möglicher Weise gebaut werden, nicht aber die des reichsgesetzlichen Remedium rest. propter noviter reperta. Uebrigens seien auch Frauen wegen Rechtsirrthums oder Rechtsunwissenheit nicht allgemein, sondern nur in einzelnen gesetzlich bestimmten Fällen privilegirt, in welchen sie von dem Beweis einer schuldlosen Unwissenheit befreit seien, welche jedoch keine Ausdehnung auf weitere Fälle gestatteten.—E. v. 5. Dec. 1856.

17.

Samuel und Bär Idstein zu Babenhausen, Bekl., gegen d. Erben d. Cosmann Lazarus Cleve zu Hanau, Kl. Forderung btr. 1835—42.

Restitutionsgesuche zur Einbringung der Einrede der Wechselverjährung im Executivprozeß nach rechtskräftigem Enderkenntniß, gestützt auf frühere Nichtkenntniß dieser Einrede.

Remedium und Beneficium restitutionis. Rechtsunkenntniß (Unkenntniß inländischen und ausländischen Rechts) als Restitutionsgrund. Beneficium novorum nicht zulässig, um eine neue Einrede einzubringen. Erheblichkeit der Einrede Voraussetzung der Restitution. Häufung des Remedium und Beneficium restitutionis. Nichtanwendbarkeit der Restitutionsbittfrist des Gesetzes v. 1. Mai 1830 bei Rest. wegen neuer Einreden. Quadriennium restitutionis.

Die mit einer Executivklage belangten Beklagten wurden für sachfällig erkannt und verurtheilt. Sie fochten diese Entscheidung mit dem Rechtsmittel der Appellation und Restitution an und ponirten

1) bezüglich der Appellation ihr Gravamen dahin: „daß die Janten nicht mit ihrer Klage definitiv oder doch wie angebracht mit der gewählten Prozeßart abgewiesen worden seien."

In erster Instanz hätten sie um Abweisung der Klage gebeten und der Richter hätte nach dem Satze curia novit jus auch ohne Berufen auf

Digitized by Google

dasselbe dieses anwenden und die Klage abweisen müssen. Dieselbe sei auf im Jahre 1830 ausgestellte Wechsel gegründet, nach der Frankfurter Wechselordnung v. 18. Juni 1739 aber sollten nach Art. 46 die eigenen Wechsel Jahr und Tag nach der Verfallzeit nur noch als Schuldscheine gelten, „dagegen aber nach 5 Jahren dergleichen veraltete und inzwischen nicht erneuerte Wechselbriefe ganz erloschen und nicht mehr exigibel sein.“ Diese Bestimmung müsse aber in concreto zur Anwendung kommen, weil jene WechselO. in der Hanauer Hof-Gs.Ordnung v. 17. Sept. 1746 Tit XI Art. 33 §. 192 für das Fürstenthum Hanau zum Gesetz erhoben worden sei und zu damaliger Zeit Babenhausen, der Wohnort des Beklagten, zu jenem Fürstenthum gehört habe und deßhalb auch die Gesetze desselben auf sie angewandt werden müßten. Auf diese Weise sei die fragl. W.O. in B. publicirt und in Folge hiervon auch in anderen Fällen zur Anwendung gebracht worden. Hiernach sei diese W.O. ein inländisches Gesetz, welches der Richter kennen müsse, es bedürfe also auch für die Existenz desselben keines besonderen Beweises und hier keiner besonderen Bescheinigung, doch werde eine solche beigebracht, nämlich ein Zeugniß des kurf. hess. Obergerichts zu Hanau, wodurch bescheinigt werde: daß die hier giltige HofgsO. vom 17. Sept. 1746 Tit. XI Art. 33 §. 192 nachstehende Bestimmung enthalte: „sonsten aber insolange, bis Wir eine besondere Wechselordnung werden ergehen lassen, die zu Frankfurt a. M. übliche davor geachtet und in vorkommenden Fällen beachtet werden soll.“

Nach jener gesetzlichen Bestimmung sollten verjährte Wechsel nach Ablauf von 5 Jahren auch als einfache Schuldscheine für ungiltig und nicht klagbar gehalten w., eine Klage könne sonach auf ein solches Instrument nicht fundirt w., es sei daher auch nicht nöthig gewesen, die Einrede der Verjährung der Klage entgegenzusetzen. Sei dieß aber wider Verhoffen nöthig gewesen, so müßten die Aanten gegen diese versäumte Einrede um Restitution nachsuchen, diese auf Irrthum und Unwissenheit mit einem alten, nur noch wenig bekannten Gesetze stützend, dessen Existenz sie erst nach Eröffnung des unterrichterlichen Bescheids in Erfahrung gebracht, daher sie bereit seien, dies zu beschwören, sowie sie sich überhaupt zur Ausschwörung des Rest.eides erböten. Vorsorglich werde

2) das Rechtsmittel der Restitution zur Hand genommen.

Quoad formalia erbiete man sich zur Ausschwörung des Rest.eides, indem dies Rechtsmittel auf neue, erst nach dem Erkenntniß entdeckte facta gegründet werde. Sollten nämlich die oben erwähnten Bestimmungen des Frankf. Wechselrechts nicht als inländisches Recht betrachtet werden können, oder nicht auf die Aanten anwendbar erscheinen, so gelte dasselbe doch als ausländisches, in Hanau geltendes Recht, wie dieß durch die oben beigebrachte Urkunde bescheinigt werde. Das ausländische Recht involvire ein factum, müsse daher von der Parthie, die sich darauf beziehe, erwiesen werden; im Executivprozeß genüge aber die

Digitized by Google

vorgelegte Bescheinigung. Jene gesetzliche Bestimmung der W.O. hätten die Aanten erst nach der Publication des unterrichterl. Erkenntnisses als ausländisches, zu Hanau geltendes Recht entdeckt, worüber sie den Restitutionseid zu leisten bereit seien. Diese Gesetze seien aber deßhalb auf den vorliegenden Fall anzuwenden, weil die Wechsel in Hanau ausgestellt worden, dort das Geschäft abgeschlossen worden sei und daher auch nach dem Grundsatz locus regit actum nach den Gesetzen jenes Ortes beurtheilt werden müßte.

Von Seiten des Hofgs. wurde die Appellation und das Rechtsmittel der Rest. verworfen, worauf OAppellation, die jedoch gleichfalls abgeschlagen wurde.

In dem Gutachten des O.A.Gs-Referenten heißt es: Nach dem Vorgetragenen werden sich die Fragen zur Beantwortung aufwerfen:

1) Kann, unter Voraussetzung der Wahrheit der in appellatorio aufgestellten Behauptung hinsichtlich der Giltigkeit der Frankfurter W.O. in B., der hieraus für die Nichterigibilität der Klaganſprüche hergenommene Grund in judicando beachtet und danach erkannt werden?

2) Ist die vorsorglich nachgesuchte Restitution gegründet?

Ad 1. Hier geht Ref. von der Ansicht aus, daß nach der alleg. Bestimmung der Frankf. W.O. nach Ablauf von 5 Jahren auf Wechsel gar nicht mehr geklagt werden könne, daß die Wechsel dann durch Extinctivverjährung erloschen seien. Sodann geht er zur Frage über, ob die Einrede der Extinctivverjährung von Amtswegen supplirt werden dürfe, und schließt damit, der Unterrichter habe die Einrede in concreto nicht zu berücksichtigen brauchen; die erst in zweiter Instanz geltend gemachte Einrede der Verjährung erscheine als wahres novum, dessen Zulässigkeit durch das beneficium novorum bedingt sei, da dieses aber nach Präj. 1 Nr. 2 hinsichtlich neuer Einreden in der App.instanz unzulässig sei, so sei die sent. a qua gerechtfertigt gewesen.

Ad 2. Das eventuell zur Hand genommene Remedium sei darauf gestützt gewesen, daß die Wechselschuld in Hanau contrahirt worden, daß aber nach den beigebrachten Bescheinigungen die alleg. Bestimmung der F. W.O. gelte. Das Dasein dieses ausländischen Gesetzes involvire ein erst später entdecktes factum ꝛc. und jenes Gesetz müsse nach dem Grundsatz locus regit actum hier zur Anwendung kommen. — Die hier zu entscheidende Frage, ob, wenn das ausländische Gesetz die Klagbarkeit einer Forderung, abweichend von dem inländ. Rechte, an eine kürzere Zeit knüpfe, der inländ. Richter den Fall unter das ausländ. Gesetz zu subsumiren habe, scheine nicht unzweifelhaft. Ref. glaube aber, daß der alleg. §. der Frankf. W.O. in concreto Anwendung leiden müsse. Stimme man dieser Ansicht bei, so sei das Berufen auf die F. W.O., da deren Giltigkeit in Hanau

Digitized by Google

bescheinigt sei, ein relevantes Novum gewesen, dessen Zulässigkeit auch vi remedii rest. noch hätte geltend gemacht werden dürfen, und es enthalte daher die sent. a qua eine Beschwerde.

Der Corref. war mit dem Antrag ad 1 einverstanden. Ad 2 ging derselbe aber von der Ansicht aus, daß der §. qu. der F. W.O. nicht die Absicht habe, das Recht selbst, sondern nur das darüber sprechende Beweismittel zu zernichten, und daß daher das ausländische Recht nicht zur Anwendung kommen könne. Unter diesen Umständen sei aber das beigebrachte Novum irrelevant und die O.Appellation zu verwerfen.

Bei dem Vortrage in der Plenarsitzung v. 31. März 1837 trat das Colleg hinsichtlich der Einrede der Extinctivverjährung den Anträgen des Referenten, hinsichtlich des Rechtsmittels der Rest. dagegen den Ansichten des Corref. über die Auslegung des §. 46 der Frankf. W.O. bei und schlug die Appellation ab.

Als das obige Erkenntniß zur Vollstreckung an das Hofgericht remittirt worden war, übergab der Anwalt der Imploraten eine s. g. Rechtfertigung des Rechtsmittels der Restitution, worin angeführt wurde: Die in der unterrichterlichen Verhandlung vorzuschützen versäumte Einrede der Verjährung solle jetzt mit dem Rechtsmittel der Restitution geltend gemacht werden. Als solche Restitution werde hier sowohl das benef., als auch das remedium in eventueller Cumulation zur Hand genommen und gebeten, wenn hinsichtlich jenes die unrichtige Instanz gewählt sein sollte, die Sache an das Untergericht zur Aburtheilung abzugeben. Die Janten bäten sonach um Restitution, weil sie diese Einrede erst neu entdeckt hätten und erböten sich zu dem gesetzl. Rest.eide. Das Rechtsmittel der Rest. erscheine ohne Anstand zulässig, wenn die diese Einrede begründende Thatsache einem ausländ. Rechte entnommen sei. Dies sei hier der Fall, weil die Wechsel im Auslande ausgestellt, mithin nach dem Grundsatze locus regit actum die in Hanau bestehenden gesetzlichen Bestimmungen eintreten müßten. Hiernach seien aber Wechsel über 5 Jahre zu Folge der dort geltenden F. W.O. nach jener Zeit nicht mehr klagbar und könnten wenigstens durch die Einrede der Verjährung wirkungslos gemacht werden. Wenn die Janten daher den gesetzlichen Rest.eid leisteten, so erscheine jene Einrede noch zulässig. Sollte aber diese W.O. als ausländisches vor den diesseitigen Gerichten nicht stattfinden können, so erscheine dieselbe auch noch als inländisches Recht, weil zu der Zeit, zu welcher dieselbe publicirt worden, der Ort B. zu der Grafschaft Hanau gehört und mithin auch die Publication auf B. Bezug gehabt habe. Diese der Einrede der Verjährung zu Grund liegenden Thatsachen seien erst nach dem unterrichtl. Erkenntnisse neu entdeckt worden. Wenigstens müßte doch das benef. rest. dafür platzgreiflich sein, daß die Aaten die fragl. Einrede in dem vorderen Verfahren nicht gekannt und darum nicht vorgeschützt hätten, indem sie dies eidlich zu erhärten bereit seien. Zuletzt

Digitized by Google

sei auch diese Restitution noch im prätorischen Rechte, insbesondere der Generalclausel, begründet ꝛc.

Das Hofg. erließ hierauf Verfügung d. d. 19. October 1837: „wird dem Anwalt eröffnet, daß, insofern er gegen die in dieser Sache erfolgten Entscheidungen das remedium rest. erhoben habe, dieses Rechtsmittel, da er dasselbe durchaus nicht auf erhebliche neue Facta gegründet, sondern lediglich nur dieselben Momente wiederholt habe, worauf sein früheres, rechtskräftig abgewiesenes Rest.gesuch gestützt gewesen sei, als unstatthaft verworfen werde, daß er dagegen das eventuell mit jenem verbundene beneficium rest. bei dem Untergerichte als dahin gehörig vorzubringen habe." — Die Rest.Janten fochten diese Entscheidung im Wege der außergerichtlichen Beschwerde an, diese wurde aber als formell unstatthaft verworfen, sie verfolgten daher Appell. dagegen.

Im Gutachten des O.A.Gs. wurde bemerkt: Quoad materialia wird der bisherige Vortrag ergeben haben, daß das Factum, worauf die Restitution gegründet wird, allerdings schon in den vorderen, bei dem Hofg. und dem obersten Gerichte gepflogenen Verhandlungen von des Aant. Seite geltend gemacht wurde; inzwischen ist begreiflich damit allein dessen nochmalige Zulassung nicht abgeschnitten, weil im prozessual. Verfahren die Art der Geltendmachung eines Anspruchs resp. Antrags ebenfalls wesentlich dessen Zulässigkeit bedingt ꝛc.

In dem jetzigen Rest.gesuch suchen die Aanten um Restitution deßhalb nach, weil sie versäumt, die Einrede der Verjährung der Klage zu opponiren, und stützen dies Rest.gesuch darauf, daß nach dem mehr erwähnten S. 46 der F. W.O. die Forderung selbst mit Ablauf von 5 Jahren verjährt sei, solche mithin zur Zeit der Anstellung der Klage nicht mehr habe geltend gemacht werden können. Dies Factum war nun schon zur Begründung der bei dem Hofg. resp. dahier erfolgten Appellation angeführt worden, dies steht jedoch dem jetzigen Rest.gesuche nicht entgegen, da dort darauf keine Rücksicht genommen werden konnte, weil man annahm, die dadurch zu begründende Einrede der Verjährung müsse expresse vorgeschützt werden, wenn sie berücksichtigt werden solle, und als Appellationsnovum konnte ihr deßhalb kein Eingang verschafft werden, weil die sent. a qua in sich keine Beschwerde enthielt. — Dagegen beruhte das früher vorsorglich zur Hand genommene, jedoch in zwei Instanzen verworfene Rechtsmittel der Restitution im Wesentlichen auf denselben Momenten, wie das bei dem Hofgerichte neu Eingebrachte. Daß ihm dieselben Facten zu Grund liegen, ergibt eine Vergleichung des Inhalts beider, nur darin differiren beide, daß jetzt die Einrede der Verjährung formell vorgeschützt ist, während in der früheren Eingabe sich darauf beschränkt wurde, auf den Grund der angeführten Facta, welche aus der W.O. qu. und deren Anwendbarkeit auf die zu Hanau ausgestellten

Digitized by Google

Wechsel resultiren, den Antrag auf Abweisung der Klage zu stützen. Die Aanten haben aber mit ihrem neusten Rest.gesuche, soweit dasselbe nicht als remedium zu betrachten sei, das beneficium restitutionis verbunden, da aber nur das Erstere vor das Hofg. gehört, nicht aber auch das Letztere, die sent. a qua dieses auch expresse an das Untergericht verweist und hiergegen nicht querulirt ist, so haben wir auch nur über das Erstere jetzt in appellatorio zu erkennen. Dasselbe wird darauf gestützt, die F. W.O. im §. 46 entziehe nach Ablauf von 5 Jahren den Wechseln, selbst als simplen Schuldscheinen, jede Klagbarkeit, sie könnten mindestens durch die Einrede der Verjährung wirkungslos gemacht werden. Diese in Hanau giltige gesetzliche Bestimmung hätten sie erst nach Erlaß des Landgerichtserkenntnisses in Erfahrung gebracht, sie erscheine als ausländisches Gesetz lediglich als eine Thatsache.

Nach der Auslegung, welche das Colleg ausweislich der Conclusionsnote vom 31. März 1837 dem gedachten §. 46 der WechselO. gegeben, vermag ich indessen das auf vorstehenden Facten gegründete Rest.gesuch nicht für begründet zu halten ꝛc.

Das Rest.Gesuch ist auch weiter darauf gestützt, die fragl. W.O. erscheine auch als inländisches Gesetz, weil zu der Zeit, zu welcher dieselbe publicirt worden, der Ort B. zu der Grafschaft Hanau gehört und mithin auch die Publication auf B. Bezug gehabt habe, auch dies sei erst neu von den Aanten entdeckt worden, mindestens müsse hier das benef. restitutionis platzgreiflich sein, da sie diese Einrede nicht gekannt hätten u. s. w. M. E. qualificirt sich, abgesehen von der Relevanz oder Irrelevanz des Vorbringens an sich, dies lediglich als beneficium restitutionis. Dem Inländer müssen die im Lande geltenden Gesetze bekannt sein, unterläßt er aus Unkenntniß derselben, darauf eine Einrede zu gründen, so erscheint dieß als Versäumung eines Einwandes, der ihm bekannt sein mußte, und ob Gründe vorliegen, ihm die hierin liegende Negligenz nachzusehen, ihn dagegen zu restituiren, dieß ist eine Frage, die nur im Weg des beneficii restitutionis zur Sprache gebracht und entschieden werden kann, und da diese Rechtswohlthat den Aanten expresse vorbehalten wurde, so wird man sich auch dermalen eines Ausspruchs über Grund oder Ungrund dieses Vorbringens zu enthalten haben.

Antrag: Die Appellation zu verwerfen.

Der Corref. war einverstanden und am 14. Febr. wurde nach Antrag concludirt.

In Folge des Urtheils des O.A.Gs., wonach den Oanten vorbehalten worden war, das mit dem R. M. d. R. eventuell verbundene beneficium restitutionis bei dem Untergericht als dahin gehörig vorzubringen, wendeten sich die Oanten nunmehr mit ihrem Gesuche an das Untergericht. Dieß ließ die Restitution bedingt zu, das Hofg. aber verwarf dieselbe und

Digitized by Google

suchten die Rest.imploranten daher Wiederherstellung des unterrichterlichen Erkenntnisses in der höchsten Instanz zu erlangen.

Der Referent bemerkte:

Obgleich die Referenten und die Majorität des Hofgs. in Beurtheilung des Rest.gesuchs verschiedener Ansicht waren, so waren sie doch darüber einig, daß solches nur in der Eigenschaft als Remedium restitutionis auf rechtliche Berücksichtigung Anspruch habe, ich vermag mich jedoch von der Richtigkeit dieser Unterstellung nicht zu überzeugen, indem ich nicht glaube, daß die nachgesuchte Restitution in der Eigenschaft als remedium restitutionis Berücksichtigung finden kann. Die Danten hatten nämlich, auf das oben erwähnte Factum gestützt, die Einrede der Verjährung geltend gemacht und derselben bei dem Hofg. vermöge des Rechtsmittels der W. E. in d. v. St. Eingang zu verschaffen gesucht. Als remedium wurde solche sowohl von dem Hofg., als dem obersten Gerichte verworfen und nur freigelassen, von der neuen Einrede im Wege des beneficii rest. bei dem Untergerichte Gebrauch zu machen, wie dieß der Inhalt der darüber gepflogenen Verhandlungen ergibt ꝛc.

Hieraus ergibt sich deutlich, daß, sowie nach Lage der Sache und der in Mitte liegenden res judicata den Danten nur noch das benef. rest., nicht aber das remedium rest. zu Gebot stand, sie auch wirklich nur das erstere, nicht aber das letztere wirklich geltend gemacht haben. Die Rest.imploranten hatten sich daher nur gegen das noch allein zulässige und wirklich nur vorgebrachte beneficium rest. zu vertheidigen und haben dieß auch nur gethan ꝛc.

Es war daher das judic. a quo, kam es zu der Ueberzeugung, daß die als Novum geltend gemachte Einrede der Verjährung nur vermöge des remedii restitutionis geltend gemacht werden könne, nicht berechtigt, zu untersuchen, ob dasselbe vielleicht als remedium rechtlich fundirt sei.

Die Danten haben, wie oben erwähnt, die in Rede stehende Einrede nur vermöge des beneficii rest. bei dem Landgericht vorgebracht, und es kann sich daher nur fragen, ist sie auf diese Art in zulässiger Weise geltend gemacht worden und hat das Landgericht unrichtig judicirt, wenn es diese Frage bejahend entschieden hat?

Das Factum, worauf die Restitution gestützt werden soll, ist allerdings als Novum von den Danten qualificirt worden, d. h. sie haben behauptet, dasselbe zur Zeit der Einlassung auf die Klage nicht gekannt zu haben. Hieraus aber so wenig, als aus dem Umstande, daß es indirect das Mittel zur Beseitigung eines vorliegenden rechtskräftigen Erkenntnisses werden soll, rechtfertigt sich der Schluß, daß dasselbe nur vermöge des remedii rest. geltend gemacht werden könne, indem auch Erkenntnisse vermittelst des benef. rest. aus dem Wege geräumt werden können, wenn Entschuldigungsgründe für das unterlassene rechtzeitige Vorbringen, welches

Digitized by Google

nachgeholt werden soll, vorliegen, und ebenso wenig ist es richtig, daß ein dem Rest.Janten bisher unbekannt gewesener Umstand einzig und allein durch das remedium geltend gemacht werden kann; Linde Lehrb. des Civil-Proz. §. 423, Handbuch Bd. 5 S. 682, Gensler im Arch. f. civ. Pr. Bd. IV S. 112. Hieraus ergibt sich, daß der Umstand allein, daß es sich hier um ein Novum handelt, daß ein rechtskräftiges Erkenntniß in der Mitte liegt, nicht entscheidend ist für die ausschließliche Anwendung des remedii, es wird vielmehr vermöge des benef. die Sache so betrachtet: die Rest.Janten suchen um Restitution gegen den Ablauf der Erklärungsfrist auf Klage nach, um eine versäumte Einrede vorzubringen und nur folgeweise verlangen sie Rescission des condemnirenden Erkenntnisses. Es fragt sich daher: Liegen in concreto die Voraussetzungen für die solchergestalt nachgesuchte Restitution vor, wobei m. E. Nichts darauf ankommt, wenn der Anwalt des Rest.Janten in seinen rechtlichen Deductionen theilweise von unrichtigen Ansichten ausgeht. — Was hier vorerst das Factum betrifft, auf welches hin die Einrede der Verjährung gegen die angestellte Klage gestützt werden soll, so ist davon in zwiefacher Beziehung Gebrauch gemacht worden. Es ist nämlich:

a) behauptet worden, nach der in Hanau geltenden Frankf. W.O. seien Wechsel nach Ablauf von 5 Jahren selbst als einfache Schuldscheine nicht mehr exigibel, und da die der Executivklage zu Grund gelegten Wechsel in Hanau ausgestellt seien, so komme es nach dem Grundsatze locus regit actum auf Anwendung des alleg. §. 46 der W.O. an.

Allein durch diese Behauptung vermag die Einrede der Verjährung in concreto nicht begründet zu werden. (Ref. führt dieß nach dem früher Gesagten näher aus). Die Rest.Janten haben aber auch

b) die Einrede der Verjährung der Klage durch die Behauptung zu begründen gesucht, auch in Babenhausen habe jene Bestimmung der F. W.O. Gesetzeskraft, indem sie auch in diesem ehemals zur Grafschaft Hanau gehörigen Orte publicirt worden sei.

Hier stimme ich vorerst mit den Ausführungen der Hofgerichtsrelation darin überein, daß diese Behauptung, steht sie in facto richtig und sind die Rest.Janten in der Lage, dermalen noch davon Gebrauch machen zu können, die Einrede der Verjährung allerdings zu begründen vermag ꝛc.

Es kann sich daher nur fragen, kann diese Einrede jetzt noch geltend gemacht werden und ist das Factum selbst, worauf sie gestützt wird, richtig gestellt?

In ersterer Bez. steht das Bedenken entgegen, daß der Grund, warum solche nicht zu rechter Zeit, in dem Einlassungstermin auf die Klage vorgebracht wurde, darin beruhte, daß den Janten das Gesetz, der §. 46 nämlich, als inländisches, in Babenhausen geltendes Gesetz, nicht bekannt

Digitized by Google

gewesen sei, mithin in einem error juris der Grund der versäumten Einrede zu finden ist.

Error und ignorantia, nach römischem Recht als gleichbedeutend genommen, Glück Commentar Bd. 4 S. 142 u. die Note 74 alleg. Ges., sind prätorische Rest.gründe, fr. 2 D. de in int. rest. Thibaut Pand. §. 1005. Glück l. c. Bd. 5 S. 400, und insofern zwar geeignet, einer aus diesem Grund versäumten Einrede den Weg für deren nachträgliche Zulässigkeit zu bahnen. In concreto handelt es sich jedoch um einen error juris, und ob dieser berücksichtigt werden kann, ist nicht unzweifelhaft, da der Gesetzgeber verlangt und unterstellt, daß jeder die Gesetze kenne. c. 12 C. de jur. et facti ign. c. 9. C. de legibus, f. 48 pr. D. 26. 1. Mühlenbruch Pand. I §. 50 96. Inzwischen wird auch der Rechtsirrthum dann verziehen, wenn keine Möglichkeit vorhanden war, über einen positiven Rechtssatz Belehrung zu erhalten, fr. 3 §. 3 h. t. fr. 10 D. de bon. poss. (37, 1). Mühlenbruch l. c. §. 96. Glück l. c. Bd. 22 S. 361, und es sich de damno vitando handelt. fr. 8 D. 22 6. fr. 36 D. 45 1. fr. 5 §. 1 D. 19 1. Mackeldey Lehrb. §. 165. Wening-Ing. Civilrecht I §. 85. Glück l. cit. Bd. 6 §. 472. Savigny Syst. Bd. III S. 326 ec. Wendet man die von den hier citirten Autoren übereinstimmend als richtig anerkannten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so muß man berücksichtigen, was auch schon in der Hofgsrelation hervorgehoben ist, daß es sich hier um die Unkenntniß einer particulären VO. handelt, die zunächst nur für Frankfurt gegeben ist und dort Gesetzeskraft hat, die erst durch besonderen Act der gesetzgebenden Gewalt in einem Theile desjenigen Landes eingeführt worden sein soll, zu dem in früheren Zeiten der Wohnort des Rest.Janten gehörte, daß dieser Ort durch die spätere Trennung von jenem Staatsgebiet auch außer gerichtliche Relation mit den übrigen Theilen desselben und dadurch außer Berührung mit dessen Gesetzgebung gekommen ist, daß der Umstand, daß diese aus früherer Zeit herrührende und, wie bemerkt, zur Zeit der Verbindung mit einem jetzt fremden Staat eingeführte VO. in Babenhausen Gesetzeskraft haben soll, sogar den Gerichten des Wohnorts der Janten unbekannt geblieben ist, wie der Landgerichtsbericht d. d. 20. August 1834 bezeugt, daß es mithin für die Janten nicht leicht möglich war, über das Dasein einer gesetzlichen Bestimmung, die selbst denjenigen, denen sie zunächst bekannt sein sollte, den Localbeamten, unbekannt war, die erforderliche Rechtsbelehrung zu erhalten. Zieht man alle diese Momente in Betracht, so scheint mir hier ein Fall vorzuliegen, wo, in Anwendung der oben hervorgehobenen Rechtsgrundsätze, die ignorantia juris demjenigen, der, wie hier die Janten, einem drohenden Schaden von sich abwenden will, verziehen w. muß resp. ein Restitutionscausale abgeben muß, wenn es nämlich gewiß ist, daß dieselben zur Zeit der Erklärungsfrist auf die Klage wirklich in jener Unkenntniß über die Existenz und gesetzliche Kraft jener Bestim-

Digitized by Google

mung verfirten. Man muß die Oanten in dieser Beziehung um so mehr für entschuldigt halten, wenn man in Erwägung zieht, daß dieselben wohl zu der Klasse der rustici, also derjenigen Personen gezählt werden können, welche sich auf Rechtsunwissenheit beziehen dürfen. Mühlenbruch l. c. I. §. 96. Mackeldey §. 165. Man könnte den hier vertheidigten Satz, daß die ignorantia juris Grund zu einer Rest. geben könne, vielleicht bedenklich und die Rechtssicherheit gefährdend ansehen, wenn man berücksichtigt, daß der größte Theil unserer Gesetze, deren Kenntniß von Jedermann, also auch von den Landleuten, gefordert wird, in lateinischer Sprache geschrieben sind, der Gesetzgeber also auch eigentlich unterstellen muß, daß unsere Bauern lateinisch verstehen, weil man Niemand vernünftiger Weise zumuthen kann, etwas zu wissen, was in einer ihm fremden Sprache verordnet ist, die gesetzgebende Gewalt aber nicht zugleich dafür gesorgt hat, daß in unseren Volksschulen die Sprache, in der die Gesetze geschrieben sind, gelehrt wird, und man hieraus den Satz ableiten könnte, daß jede ignorantia juris, welche sich auf einen im römischen oder canon. Recht vorgeschriebenen Rechtssatz bezieht, demjenigen, der der lateinischen Sprache nicht mächtig ist, verziehen werden müßte, die Anwendung dieses Grundsatzes aber zu der größten Rechtsunsicherheit führen würde. Man hat jedoch dieß nicht zu befürchten, wenn man erwägt, daß die ignorantia juris nach dem Obenbemerkten demjenigen nicht vorziehen wird, der sich hätte belehren lassen können, dieß aber hinsichtlich dessen, was das gem. Recht vorschreibt, nach unseren bestehenden Staatseinrichtungen, namentlich der Anordnung von Advokaten jedermann möglich ist, mithin, thut es der Einzelne nicht, hierin eine, die Restitution ausschließende Nachlässigkeit liegen würde, welche aber nicht unterstellt werden kann, wenn es sich von einer particulären Bestimmung unter Verhältnissen, wie die hier vorliegenden, handelt. Es muß also immer quaestio facti bleiben, ob im einzelnen Falle Gründe für eine rest. ex errore juris vorhanden sind, und verfährt man hier mit der erforderlichen Vorsicht in Erwägung der entscheidenden Gründe, so wird die gefürchtete Rechtsunsicherheit nicht eintreten, dagegen, dem Willen des Gesetzes entsprechend, mancher Rechtssuchende vor unverschuldetem Schaden bewahrt werden.

Ist man hiermit einverstanden, so fragt es sich weiter, ob das Rest.-gesuch zum Vorbringen der neuen Einrede zur gehörigen Zeit geltend gemacht wurde.

Da es sich hier um einen, dem prätorischen Rechte entnommenen Rest.grund handelt, so wird die vierjährige Frist hier anwendbar sein. Referent führt nun aus, daß das Quadr. gewahrt sei, und fährt dann fort:

Die Frage endlich anlangend, ob die neue Einrede richtig gestellt sei, so könnte diese allerdings einem Bedenken unterliegen, wie denn auch das judicium a quo ausweislich der Conclusionsnote hierin einen Grund für

Digitized by Google

Verwerfung des Rest.gesuchs gefunden hat. Daß der §. 46 der F. W.O. die hier relevante Bestimmung enthält, steht richtig und bedarf keines Beweises, da dieß Wechselrecht in Offenbach Gesetzeskraft hat, mithin dem Gerichte bekannt ist; daß B. ehemals zur Grafschaft Hanau gehört hat und erst späterhin im Jahre 1810 Bestandtheil des Großherzogthums wurde, ist notorisch und bedarf ebenfalls keines besonderes Nachweises; daß sodann in der Grafschaft Hanau die F. W.O. Gesetzeskraft hat, dafür ist eine Bescheinigung vorgelegt worden, und es wäre mithin nur das ungewiß, ob dieses Gesetz auch als für B. publicirt zu betrachten ist. Die Minorität des Hofgs. hat m. Erachtens in dieser Beziehung mit Recht erwogen, daß die Rest.Janten sich über diese Behauptung nicht erklärt hätten und daß es überdem Sache des Gerichts sei, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob die in Rede stehende WO. in B. Gesetzeskraft habe. Es scheint mir mithin bezüglich des Moments soviel bescheinigt zu sein, als nöthig ist, um dasselbe für zuläßig zu erkennen und den Rest.Janten aufzugeben, sich über dasselbe zu erklären, wenn vorerst noch bescheinigt wird, daß die Rest.Janten wirklich zur Zeit der Erklärungsfrist noch keine Kenntniß von der neuen Einrede gehabt hätten. Sie haben sich erboten, dieß zu beschwören, und das Landg. hatte auch auf diesen Eid erkannt. Diese Art der Bescheinigung erscheint hier m. E. allerdings zuläßig. Glück l. c. Bd. 22 S. 360. Gensler Arch. f. civ. Pr. l. c. S. 117.

Dem Ausgeführten zu Folge muß man sonach bei Beurtheilung dieser Frage von folgenden Gesichtspunkten ausgehen:

Die Bekl. haben versäumt, der gegen sie erhobenen Klage die Einrede der Verjährung innerhalb des peremtorischen Termins entgegenzusetzen; sie suchen um Restitution gegen den Ablauf dieses Termins nach, um diese Einrede noch geltend zu machen und mittelbar das gegen sie ergangene condemnatorische Erkenntniß aus dem Wege zu räumen. Zur Entschuldigung des rechtzeitigen Vorbringens dieser Einrede führen sie an, daß sie das Factum, worauf sie solche stützen wollen, früher nicht gekannt hätten. Dieß Factum besteht aber darin, daß eine gesetzliche Bestimmung existire, wodurch diese Einrede begründet zu werden vermöge, dieses Gesetz und dessen Giltigkeit dahier sei ihnen aber unbekannt gewesen, wie sie solches eidlich zu erhärten im Stande seien. Obgleich nun in der Regel der error juris nicht entschuldigt wird, da jeder die Gesetze kennen muß, so erscheint solcher doch hier, unter den bestehenden Verhältnissen des Falls und mit Rücksicht auf die Persönlichkeit der Rest.Janten, als entschuldigt, und da die Thatsache selbst, worauf die Einrede gestützt werden will, relevant ist, solche auch als innerhalb der Rest.frist vorgebracht zu achten ist, so muß die nachgesuchte Restitution ertheilt werden, wenn die Unbekanntschaft der Rest.Janten mit der neuen Einrede zur Zeit der Litiscontestation durch eidliche Erhärtung nachgewiesen wird.

Digitized by Google

Da das Landgericht in dieser Weise erkannt habe, Antrag auf Wiederherstellung des landgerichtlichen Erkenntnisses.

Conclusionsnote: Bei dem am 10. Juni d. J. erstatteten Vortrage trat das Colleg den Anträgen des Referenten auf bedingte Restitutionsertheilung und sonach auf Wiederherstellung des Landgerichts-Erk. bei, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß auch als gewiß angenommen werden könne, die hier angerufene Bestimmung der F. W.O. habe in Babenhausen Gesetzeskraft, dieser Umstand sei aber nicht durch Beweisführung der Parthieen zu eruiren, sondern es sei nach dem Grundsatz „curia jus nosse debet." Aufgabe des Richters von Amtswegen die nöthigen Notizen hierüber einzuziehen, falls ihm hierüber seine Acten die nöthigen Aufschlüsse nicht gäben. Da dieß letztere nun in concreto der Fall sei, so wurde beschlossen, durch Communication mit dem hiesigen Staatsarchiv und dem Obergerichte zu Hanau die nöthigen Aufschlüsse sich zu verschaffen zu suchen. Nachdem die Antwortschreiben eingelangt waren, nahm das Colleg bei dem heute wieder erstatteten Vortrage an, daß das Schreiben des Kurf. Hess. Obergerichts zu Hanau die erforderliche Gewißheit darüber gebe, daß die hier in Rede stehende W.O. in Babenhausen Anwendung zu finden habe und daß deßhalb nach dem gestellten Antrag Urtheil zu erlassen sei. Darmstadt, 19. August 1842.

13.

Forstfiskus Bekl. Wtl. ca. Gemeinde Hering, Störung in Ausübung des Schweinetriebs betr. 1859.

Restitutionsgesuch gerichtet auf Einbringung früher nicht gekannter Zeugen nach rechtskräftigem Erkenntniß über Zulassung der Beweismittel und erfolgter Zeugenvernehmung.

Remedium oder Beneficium rest.? Inwiefern muß angeführt werden, worüber die Zeugen vernommen werden sollen? Zur Herstellung der Läsion ist Wahrscheinlichkeit der Erheblichkeit der Zeugenaussagen nicht erfordert. Muß auch behauptet resp. beeidigt werden, daß der Anwalt der Parthie von den nova keine Kenntniß gehabt habe? Mangel der culpa bezüglich der ignorantia braucht nicht ausdrücklich behauptet zu werden. Das Requisit des Gesetzes vom 1. Mai 1830 bezüglich der Contumacialkosten hier nicht anwendbar. Möglichkeit der Verfolgung selbstständiger Rechtsmittel gegen Entscheidungen über das Beneficium restitutionis.

Es war der klagenden Gemeinde Beweis auferlegt worden. Nach rechtskräftiger Zulassung der Beweismittel und nachdem auch bereits die

Digitized by Google

benannten Zeugen vernommen w. waren, kam die Gem. um Zulassung neu aufgefundener Zeugen ein. Der Bekl. bestritt dieses Gesuch auf verschiedene Gründe hin, das Gesuch wurde aber in allen Instanzen zugelassen. Der Ref. der höchsten Instanz stützte seine Ansicht auf folg. Ausführungen, aus welchen zugleich die Einwendungen des Bek. zu entnehmen sind: Es ist nicht zu verkennen, daß, da bis jetzt über das Resultat der stattgehabten Beweisführung noch keine Entscheidung erfolgt ist, dieselbe als gegen eine rechtskräftige Entscheidung direct gerichtet mit Grund nicht angesehen werden kann. Dagegen wurde unzweifelhaft über die Zulassung der gebrauchten Beweismittel rechtskräftig entschieden und die Beseitigung dieses Erkenntnisses wird wenigstens mittelbar durch die nachgesuchte Restitution bezweckt und mit Rücksicht hierauf wird daher in der Praxis wenigstens in der nachgesuchten Restitution das eigentliche remedium rest., und nicht nur das beneficium rest. erkannt.

Gegen die Statthaftigkeit der nachgesuchten R., welche in den vorderen Instanzen, unter Voraussetzung des festgesetzten Restitutionseides, für zulässig erklärt worden, wird von dem Aanten theils in erster Instanz, theils in den höheren Instanzen eine Reihe von Einwendungen geltend gemacht, deren Nichtbeachtung den Gegenstand der dahier vorgebrachtrn Beschwerde des Aanten bildet.

Es wird von dem Aanten gegen das R.Gesuch

1) der angebliche Mangel genügender factischer Begründung geltend zu machen versucht, zu welchem Ende in den verschiedenen Instanzen verschiedene Gründe vorgebracht wurden. Es wurde nämlich

   a) zunächst in erster Instanz angeführt: in dem Rest.Gesuch werde neben der mangelnden Angabe einer von Seiten der Klägerin in dieser Sache angeordneten Sorgfalt nicht einmal erwähnt, worüber die als Zeugen benannten Personen deponiren sollten, ohne welche Angabe sich die Relevanz der nova nicht beurtheilen lasse;

   b) In der Rations-Instanz wird vorgebracht: Die Klägerin habe eine ihr zugefügte Läsion als wesentliche Voraussetzung der Rest.ertheilung gar nicht behauptet. Eine solche könne erst dann angenommen werden, wenn wahrscheinlich sei, daß die benannten Zeugen wirkliche nova vorbringen könnten, während nach den Gesetzen über die nämlichen Thatsachen, welche den Gegenstand des bisherigen Beweisverfahrens bildeten, Zeugen nicht sollten vernommen werden, was auch hier Anwendung finden müsse;

   c) Dahier wird geltend gemacht: Bei einem nach Eröffnung des Zeugen-Rotuls vorgebrachten R.Gesuch müsse angegeben werden, daß die Zeugen erst nach dieser Zeit aufgefunden worden,

Digitized by Google

was nach dem Gesetz vom 20. August 1848 mit der Zeit der Zeugenvernehmung zusammenfalle, da dieses aber in concreto nicht geschehen, so sei das Gesuch ebenso mangelhaft begründet, wie der Restitutionseid unrichtig regulirt. Außerdem habe behauptet werden müssen, daß auch dem Anwalt der Klägerin vor Ablauf der Beweisfrist die neuen Zeugen nicht bekannt gewesen, da nach dem G. Besch. des R.K.G. vom 7. Juli 1669 und 7. Juli 1671 auch dessen Nichtwissen in Betracht komme und beschworen werden müsse, ohne daß hierin durch die VO. v. 12. April 1806 etwas geändert worden, was aber in concreto unterblieben.

Mir scheinen indessen die hier vorgebrachten Einwendungen des Bekl., selbst ganz abgesehen davon, ob die erst in den höheren Instanzen erfolgte Vorschützung solcher neuen factischen Momente, welche nicht bereits in dem ersten Verfahren geltend gemacht worden, annoch für zulässig gehalten werden könne, was äußersten Falls nur aus der bestehenden Verbindlichkeit des Gerichts zur amtlichen Prüfung des Vorhandenseins der rechtlichen Voraussetzungen eines vorgebrachten R.Gesuchs abzuleiten sein dürfte, auf keinem haltbaren rechtlichen Grunde zu beruhen. Denn

a) nach dem Inhalt der vorliegenden Acten war der zu erbringende Beweis, über welchen die angeblich neu aufgefundenen Zeugen vernommen werden sollten, durch den normirten Beweissatz genau bestimmt; namentlich lagen in dieser Hinsicht Beweisartikel vor. Vergleicht man hiermit den Inhalt des übergebenen R.Gesuchs, so kann darüber, worüber die Vernehmung der neuen Zeugen stattfinden soll, kein Zweifel obwalten. Dieses ist um so viel weniger der Fall, wenn man hiermit das in der Gegenerklärung enthaltene Vorbringen verbindet, nach welchem bestimmt die Zeugenvernehmung über die bereits früher übergebenen Artikel stattfinden soll, was als bloße Erläuterung des R.Gesuchs unbedenklich noch für zulässig zu halten war.

b) Nach der Vorschrift des Can. Rechts c. 17. 29. 35. 36. 38. X. de test. (2. 20), Clem. 2 de test. (2. 8), welche im Wesentlichen mit der Bestimmung des Röm. Rechts (Nov. 90. c. 4 §. 1) harmonirt, ist bekanntlich bei einer durch Zeugen unternommenen Beweisführung, ohne alle Rücksicht darauf, ob eine peremtorische Beweisantretungsfrist festgesetzt war, oder nicht, die Abhör weiterer Zeugen über die nämlichen Thatsachen, über welche bereits eine Zeugen-Vernehmung stattgefunden, nach erfolgter Publication des Zeugenrotuls ausgeschlossen. Diese

Digitized by Google

gesetzliche Anordnung findet jedoch, wie fast allgemein anerkannt wird, Arch. f. civ. Pr. Bd. 4. S. 132. Schmid Handb. d. Proz. Bd. 3 §. 245 S. 549 Nr. 28. v. Linde Handb. d. Proz. Bd. 5 S. 723, und consequenter Weise schon durch die Natur der Sache geboten ist, dann keine Anwendung, wenn die Abhör neu aufgefundener Zeugen in Frage kommt, deren Zulassung durch das remed. rest. bewirkt wird. . . . Hierzu kommt, daß in dem vorliegenden Fall von der Appellatin bestimmt behauptet wird, daß sie erst nach dem 14. Aug. 1857, also zu einer Zeit, zu welcher die früheren Zeugen und Vernehmungen bereits stattgefunden, von den neuen Zeugen Kenntniß erlangt habe ꝛc.... Die hiermit verbundene Behauptung, daß dem fraglichen R.Gesuch die zur Begründung der R. wesentliche Angabe einer von der Aatin erlittenen Läsion mangele, entbehrt jeder rechtlichen Stütze ꝛc. (folgt Ausführung, daß in der Unmöglichkeit der Benutzung der Beweismittel schon eine Läsion liege).

c) Nach der Vorschrift der G. Bescheide des R. K. G. soll allerdings auch hinsichtlich des öffentlichen Anwalts einer von dem remed. rest. Gebrauch machenden Parthie gleichfalls eidlich betheuert werden, daß auch er von den aufgefundenen Beweismitteln früher keine Kenntniß gehabt habe. Will man nun auch diese Vorschrift jetzt noch für fortbestehend und durch das Ges. vom 12. April 1806 nicht für aufgehoben ansehen, was sich sehr bezweifeln läßt, so ist doch nirgends vorgeschrieben, daß das desfallsige Anführen auch alsbald in dem vorgebrachten R.Gesuch erfolgen müsse und als wesentliches Erforderniß desselben erscheine, vielmehr liegt ein solches Vorbringen dem Anwalt des Jaten ob. Eine solche bei dem Anwalt der Aatin wirklich bestandene Kenntniß wurde aber von dem Aanten nirgends und namentlich in erster Instanz nicht behauptet, vielmehr geht gerade entgegengesetzt ein desfalls von der Aantin erfolgtes Anführen, wenigstens implicite, aus der in der Gegenerklärung erfolgten Angabe hervor. Es ist daher auch der hier nachzuweisen versuchte Mangel des R.Gesuchs ebenso unerfindlich, als eine gegen die Nichtbeachtung dieser in erster Instanz gar nicht vorgeschützten Einrede zuerst dahier vorgebrachte Beschwerde ganz beachtungslos.

d) Was O.Aant in Bezug auf die von dem Landg. festgesetzte Form des von der O.Aatin abzuleistenden R.Eides vorbringt, kann wohl dahier nicht die mindeste rechtliche Beachtung finden, da in dieser Richtung von dem O.Aanten gegen die Entscheidung

Digitized by Google

des Landgerichts keine Beschwerde in appellat. verfolgt worden ist.

2) Der Aant sucht die Statthaftigkeit der Willfahrung der nachgesuchten R. ferner deßhalb zu bestreiten, weil die frühere Unkenntniß der von der Klägerin als neu aufgefunden benannten Zeugen resp. deren unterbliebene Benennung auf eigenem groben Verschulden derselben beruhe, wodurch die nachgesuchte R. ausgeschlossen werde. Vergleicht man aber die Verhältnisse, so ist ein grobes Verschulden der Parthie oder ein Versehen des Anwalts in materialibus nicht zu erkennen (wird näher ausgeführt und bemerkt, daß es eines ausdrücklichen Anführers der Schuldlosigkeit nicht bedürfe).

Dem Ausgeführten zu Folge stellen sich die erwähnten gegen das R.Gesuch der Aatin vorgebrachten Einwendungen des Aanten als rechtlich unbegründet dar, was in ganz gleicher Weise auch dann angenommen werden müßte, wenn man das vorgebrachte R.Gesuch aus dem Gesichtspunkt des benef. rest. beurtheilen zu müssen glaubte. Wenn außerdem

3) gegen die Statthaftigkeit des vorgebrachten R.Gesuchs noch die Nichtbeachtung der Vorschriften des Ges. vom 1. Mai 1830 um deswillen geltend gemacht wurde, weil in dem überreichten R.Gesuch das Erbieten zum Ersatz der erwachsenen Contumacialkosten unterblieben, so wird dieser Einwand dadurch widerlegt, daß hier nur das remedium rest. in Frage steht, auf welches die Vorschriften des erwähnten Gesetzes keine Anwendung gestatten.

Schlußantrag: Die von dem OAanten verfolgte Berufung als unbegründet zu verwerfen.

Der Correferent bemerkte: Mit dem Antrag einverstanden. Was die K.G.Gem.Bescheide von 1669 und 1671 betrifft, so bemerke ich, im Hinblick auf die so bestimmten Behauptungen des fiskalischen Vertreters noch das Folgende: Eine Berufung auf die G. Bescheide könnte nur den Zweck haben, das oberste Gericht zu veranlassen, n i c h t das R.Gesuch abzuweisen, sondern auch den oberaatischen Anwalt zur Ableistung des R.Eides schuldig zu erkennen. Denn hat einmal eine Parthie sich auf das remed. rest. berufen, so ist es wohl Sache des Richters, zu bestimmen, wie und von wem der o f f e r i r t e R.Eid abgeleistet werden solle, und es könnte m. E. nicht als ein Mangel des R.Gesuches betrachtet werden, daß der Anwalt sich nicht auch selbst zur Ableistung des R.Eides erboten hat. Wollte also der Fiskus verlangen, daß auch diese stattfinde, so mußte er den betreffenden Einwand nicht nur bei dem Landgericht vorbringen, sondern er mußte auch eine in dieser Richtung formulirte Beschwerde bei dem Hofgericht erheben, und es kann, weil dieses nicht geschehen, darauf in dritter Instanz keine Rücksicht genommen werden. Was das Materielle der Frage betrifft, so bemerke ich eventuell, daß in Anbetracht der BO.

Digitized by Google

von 1806 von Anwendung jener G. Bescheide keine Rede mehr sein kann, weil ja die dort auch auf die Anwälte gerichtete Eidesformel durch den in der VO. von 1806 normirten Eid als abgeschafft zu betrachten sein dürfte. Allerdings ist in der zur S. Niedenthal ca. Kämmerer erstatteten Relation der damalige Referent von entgegenstehender Ansicht ausgegangen, allein die Frage kam, soweit aus dem Conclusum zu ersehen, nicht zur Entscheidung, da das R.Gesuch überhaupt wegen Ablaufs des quadriennii für verwerflich erachtet wurde. Auch war das Factum ein anderes, wie in dem gegenwärtigen Fall, denn der Anwalt, welcher für seine Parthie gewisse Acten, aus denen später das neue Vorbringen entnommen werden sollte, eingesehen hatte, machte davon innerhalb 4 Jahren keinen Gebrauch. —

Bei dem am 11. Febr. 1859 erstatteten Vortrag wurde per majora angenommen, daß das von der Natin in dem vorliegenden Fall vorgebrachte R.Gesuch, welches gegen eine res judicata gar nicht gerichtet sei, durch welche namentlich eine Aufhebung des über die Zulassung der Beweismittel früher ertheilten Landg.Erkenntnisses nicht bezweckt werde, nicht als remedium rest., sondern nur als das benef. rest. betrachtet werden könne, welches lediglich deßhalb, weil wegen neu aufgefundener Beweise um R. nachgesucht werde, nicht für ausgeschlossen anzusehen sei. Hierdurch werde aber die Statthaftigkeit der selbstständigen Verfolgung eines ordentlichen Rechtsmittels gegen das die R. zulassende Erkenntniß nicht ausgeschlossen, indem die Vorschrift des Gesetzes v. 20. Aug. 1848 Art. 1 und 2 auf einen Fall der vorliegenden Art keine Anwendung gestatte.

In der Sache selbst war man der Ansicht, daß auch das beneficium rest. aus den von dem Referenten in dem erstatteten Vortrag entwickelten Gründen, für statthaft zu halten sei, und die gegen dessen Zulassung verfolgten Beschwerden als unbegründet sich darstellten; insbesondere hielt man den in dem OAppellationslibell daraus abgeleiteten Einwand gegen das vorgebrachte R.Gesuch, daß in demselben nicht behauptet werde, daß auch dem Anwalt der R.Implorantin die neuen Zeugen vor Ablauf der Beweisfrist unbekannt gewesen, für rechtlich unzulässig resp. unbegründet, weil ein sich hierauf beziehender Einwand von dem OAnten, wie ihm obgelegen, in erster Instanz ebenso wenig vorgeschützt, wie eine Beschwerde hierüber oder gegen die die Ableistung des R.Eides betreffende Bestimmung des Landgserkenntnisses von ihm in der Rations-Instanz erhoben worden, mithin das desfalls zuerst dahier erfolgte Vorbringen resp. die hierauf sich beziehende Beschwerde keine rechtliche Beachtung finden könne. Daher vermißte man jede genügende Veranlassung, in dieser Sache dermalen eine Entscheidung darüber zu ertheilen, ob die von dem Anwalt des OAnten zur materiellen Begründung des fraglichen Einwands angerufenen reichsgesetzlichen Vorschriften heut zu Tage überhaupt noch eine

Digitized by Google

Anwendung gestatteten und insbesondere durch das Landesgesetz v. 12. April 1806 für aufgehoben anzusehen seien. Endlich sah man auch das zur Begründung der von dem Aamten erhobenen Beschwerde erfolgte Berufen auf die Vorschriften in Art. 10 des Ges. vom 1. Mai 1830 in concreto als ganz unentscheidend an, indem, wenn auch die nachgesuchte R. als das benef. rest. erscheine, doch das in Betracht kommende Verhältniß von der Beschaffenheit sei, daß die Voraussetzungen für die Anwendung der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen gänzlich mangelten.

Es wurde daher per unanimia beschlossen, die verfolgte Oberberufung durch ein zu ertheilendes Abschlags-Decret als unbegründet zu verwerfen.

19.

Restitutionsgesuch zum Zwecke der Aenderung der Litiscontestation nach rechtskräftigem Erkenntniß gestützt auf neu aufgefundene Thatsachen.

Remedium oder Beneficium restitutionis? Beginn des Quadriennium. Beeidigung des Nichtablaufs.

Lammert v. Bensheim als Curator der F. L. Webers We. das., Kl., Aantin ca. G. Katzemeiers We. nun verehel. Minck, modo deren Concursmasse in Reichenbach, Bekl., Unterpfandsrecht betr. 1838—40.

Im Jahre 1826 traten die F. L. Weber'schen Relicten mit einer Klage des wesentlichen Inhalts auf: Ein gewisser J. D. habe im Jahre 1817 von dem Vater der Klägerin ein Kapital von 300 fl. entliehen und dafür ein halbes Haus u. s. w. verpfändet. D. habe diese Objecte 1818 an Amtsactuar D. und dieser solche wieder weiter 1819 an die Bekl. verkauft, welche sie jetzt noch besitze. Die Darlehnsforderung berechne sich auf 320 fl. ꝛc. Die Kläger wollten deßhalb ihr Pfandrecht geltend machen und bitten: die im Besitz befindlichen Beklagten zur Herausgabe der fragl. Objecte anzuhalten u. s. w. Hierauf erklärte die Beklagte: „Ob Joh. Dielmann das fragliche Kapital von dem Vater der Kläger entliehen und dafür das halbe Haus ꝛc., welches Beklagte dermalen besitze, verpfändet habe, wisse sie zwar selbst nicht, sie habe jedoch darüber sichere Nachricht eingezogen und wolle beide Umstände nicht weiter beanstanden." Mit der so gestalteten Einlassung brachte damals die Bekl. die Einrede der Zahlung vor. Durch Interlocut vom 31. Dec. 1830 wurde erkannt: „daß die Bekl., da sie die eingeklagte Forderung und dabei zugestanden habe, daß D. dasjenige Haus ꝛc., welches sie dermalen besitze, verpfändet habe, die Einrede der Zahlung zu erweisen habe". Dieses Interlocut wurde rechtskräftig. Am 23. Juni 1838 trat der Anwalt der Beklagten beim Hofg. in D. mit einem Rest.gesuch auf, sich darauf stützend, daß neu aufgefundene Thatsachen das frühere Eingeständniß als irrig und unrichtig erscheinen ließen.

Digitized by Google

Das Hofgericht erkannte am 22. Sept. 1838: daß wenn vorerst Rest.-Jantin den gesetzlichen Restitutionseid dahin werde ausgeschworen haben: „daß sie vor dem Beweisinterlocut vom 31. Dec. 1830 von dem neuen Einbringen, welches in dem Vortrag v. 23. Juni 1885 enthalten sei, nichts gewußt habe, auch von der Zeit der erlangten Wissenschaft bis zur Einreichung des zuletzt benannten Vortrags vier Jahre noch nicht verflossen seien," alsdann mit Beiseitsetzung des erwähnten Beweisinterlocuts Rest.-Jat schuldig sei, auf die Wahrheit des neuen thatsächlichen Vorbringens ꝛc. sich einzulassen, auch die von seinem Widerspruch gegen das Rest.gesuch an erwachsenen Kosten, mit Ausnahme ꝛc., allein zu tragen habe, mit Verweisung übrigens der weiteren Verhandlungen an Gr. Landg.

Der Ref. des Hofgerichts bemerkte im Wesentlichen: Es ist zu beklagen, daß noch immer keine constante und feste Praxis den Mängeln der Gesetzgebung über Rest. ob novitor reperta gründlich abgeholfen hat, so daß noch immer, wie in vorliegendem Fall, sich Zweifel darüber erheben, ob das s. g. Rechtsmittel oder die Rechtswohlthat der W. i. d. v. St. ergriffen werden müsse, Zweifel, die besonders dann von Erheblichkeit sind, wenn es sich von einem Verfahren vor einem Untergericht handelt, indem das Rechtsmittel devolutiver Natur ist, das Beneficium nicht. Nachdem früher die Begriffe über den Unterschied zwischen Remedium und Beneficium sehr schwankend gewesen, bildete sich bei Grm Hofgericht die Terminologie: das Remedium sei gegeben, wenn durch neu aufgefundne Momente ein Erkenntniß weggeräumt w. solle, das Beneficium, wenn noch kein Erkenntniß in der Mitte liege, also nur W. E. zu erwirken sei gegen die Versäumung einer zur Erklärung, Einbringung der Beweismittel u. s. w. laufenden Frist. Früher herrschte, obwohl schwankend, der Grundsatz, daß noviter reperta immer nur ein Remedium begründeten; dieses sei, im Gegensatz des Beneficium des röm. Rs., das aus Gründen der Billigkeit eingeräumt sei, ein Institut des deutschen Prozeßrechts, welches anerkenne, es sei mehr als billig, es sei gerecht, wegen Neuaufgefundenem Rest. zu bewilligen. Dagegen ist, soviel mir bekannt, nie der weitere Unterschied gemacht worden, zwischen dem Fall, wo die neue Thatsache eine eigentliche Einrede begründet, und dem, wo sie die Litiscontestation alterirt. Erst vor Kurzem ist im dritten Senat eine solche Unterscheidung dem Erkenntnisse zu Grunde gelegt worden. Wollte man diese Rechtsprechung adoptiren, so müßte auch in dem vorliegenden, ganz ähnlichen Falle, jene Unterscheidung Wirksamkeit äußern und die Verwerfung des ergriffenen Rechtsmittels zur Folge haben, weil nur das Beneficium statthaft sei. Allein ich kann mich nicht davon überzeugen, daß diese Distinction empfehlenswerth sei. Die Gesetze, welche von der rest. ob nov. rep. reden, machen nirgends diese Unterscheidung; sie sprechen lediglich von „in facto emergirenden novis, dienlichen und erheblichen Umständen." Wendet man ein, der, welcher die Litiscontestation

Digitized by Google

ändern, statt affirmativ, nun negativ sich einlassen wolle, sei im Irrthum befangen gewesen und suche darum ob errorem Restitution nach, so läßt sich entgegnen, daß auch der sich geirrt habe, welcher die Vorschützung geeigneter Einreden unterlassen, daß zwischen Irrthum und Ignoranz kein wesentlicher Unterschied bestehe, daß man durch das Remedium ob noviter reperta bezweckt, das Verfahren auf das Stadium zurückzuführen, in welchem das, was sich nun als novum zeigt, hätte vorgebracht werden müssen, also im Fall neuer Einreden, im Gegensatze zu neuen Beweismitteln, auf das Stadium der Litiscontestation; immer ist das novum Restitutionsgrund. Jener Unterschied würde ebenso kostspielige als unnütze Weiterungen herbeiführen. Wie oft wird darüber gestritten, ob ein Vorbringen Litiscontestation oder Einrede sei, welchem Theile also die Beweislast zuwachse; erst müßte ermittelt werden, ob die Rechtswohlthat oder das Rechtsmittel zulässig, der Unter- oder Oberrichter competent sei und in welcher Instanz diese Präjudicialfrage verhandelt werde. Dann wäre der Fall denkbar, daß die nova von der Art sind, daß sie die Litiscontestation alteriren und Einreden begründen können, so daß von beiden Instituten Gebrauch gemacht und in beiden Instanzen procedirt werden müßte. Auch ist nicht unberücksichtigt zu lassen, daß der, welcher im Wege der W. E. wegen nova die Litiscontestation ändern, eine zugegebene Behauptung des Gegners nun in Abrede stellen will, wirklich excipirt, d. h. Thatsachen vorbringt, deren Beweis er übernehmen muß, weil die Rest. auch bedingt ist durch die Wahrheit der Facten, diese also vom Rest.Janten bewiesen werden muß. So wurde z. B. in S. Köhl ca. Kösterus, als der Beklagte das angeblich irrige Nachgeben seines Anwalts widerrief, die Rest. bedingt durch die ihm geschehene Auferlegung des Beweises, daß seine jetzigen Behauptungen wahr seien, obgleich es sich nur von einer negativen Litiscontestation handelte. Daß das Vorbringen die wesentliche Eigenschaft der Neuheit verliere, wenn dasselbe nicht eine eigentliche Einrede, sondern eine Veränderung der Litiscontestation im engeren Sinne begründe, oder wenn dadurch ein früheres Vorbringen abgeändert, nicht jenes bestehen bliebe und nur noch etwas hinzugefügt werde, ist nicht einzusehen. Neu ist, was vorher noch nicht da war, also ebenso gut die exceptio rei non sic sed aliter gestae, wie jede andere Einrede im reinsten Sinne. Aus allen diesen Gründen kann ich nicht dafür stimmen, die in der Sache M. g. K. im dritten Senat befolgte Rechtsprechung zu adoptiren und danach zu unterscheiden: ob durch die noviter reperta eine Einrede im engeren Sinne oder eine Abänderung der Litiscontestation im engeren Sinne begründet werde und nur im ersten Falle das devolutive Rechtsmittel, im zweiten dagegen die nicht devolutive Rechtswohlthat der W. E. zuzulassen. Verläßt verehrl. Colleg diese Unterscheidung, so würde, da ich die nova für erheblich erachte, dahin zu erkennen sein, daß, wenn Rest.Jantin den gesetzlichen R.E. dahin werde ausgeschworen haben,

Digitized by Google

daß sie ꝛc. mit Beseitigung des landger. Erkenntnisses v. ꝛc. Rest.Jat schuldig sei, auf die Wahrheit des neuen thatsächlichen Vorbringens, daß nämlich ꝛc. sich einzulassen.

Auf hiergegen verfolgte OAation bestätigte das O.A.G. das Hofgerichtserkenntniß, indem der Referent, dem das Colleg am 24. April 1840 beitrat, bemerkte, daß er die Ausführungen des Hofgerichtsreferenten ihrem ganzen Inhalt nach billige und denselben Nichts beizufügen habe.

Das Hofg. in D. erhob die der fraglichen Entscheidung zu Grund liegende Ansicht zum förmlichen Präjudiz, Nr. 80 der gedr. Sammlung.

20.

Wilh. Weber jun. u. sen. zu Biedenkopf, Kl. ca. Joh. Georg Plitt das., Eigenthumsbeeinträchtigung betr. 1848.

Rücknahme eines gerichtlichen Geständnisses nach rechtskräftigem Beweiserkenntniß wegen Irrthums.

Remedium und Beneficium restitutionis. Restitutionseid der VO. v. 12. April 1806.

Die Kläger hatten, gestützt auf das ihnen an dem Platze X zustehende Eigenthum auf Aufhebung von Beeinträchtigungen, welche sich Beklagter durch ungebührliche Ausdehnung eines Servitutrechts schuldig gemacht, resp. auf Anerkennung ihres Eigenthums Klage erhoben. Das Fundament dieser Klage wurde von dem Bek. selbst, der die ihm zur Last gelegten Beinträchtigungen als rechtmäßige Ausflüsse der ihm competirenden Servitutrechte bezeichnete, zugestanden und hiernach von dem Landg. interloquirt. Das Interlocut wurde für den Bekl., der die gesetzliche Einführungsfrist nicht einhielt, rechtskräftig. Nun ließ derselbe durch seinen Anwalt um Rest. gegen die Nachgabe, daß die Kläger Eigenthümer des Raumes X, an welchem er nunmehr theilweise Mit- resp. alleiniges Eigenthum aufsprach, seien, nachsuchen. Das Landg. gewährte die Rest. und das Hofg. conformirte sich hiermit, indem es die vom Jaten ergriffene Appellation abschlug. Hierauf verfolgte der Jat OAppellation, bei deren Begutachtung der Ref. bemerkte:

Nach der Art der Begründung des erhobenen Rest.gesuchs muß angenommen werden, daß der Bekl. für sein Rest.verlangen sowohl das beneficium, als, wenn es erforderlich wäre, das remed. rest. geltend gemacht hat. Zunächst zwar berief er sich auf den Irrthum als unter den obwaltenden Umständen und, da das LandgsErk. die Rechtskraft noch nicht beschritten habe, ausreichenden Rest.grund, doch relevirte er auch zugleich den Umstand, daß er den Irrthum erst aus neu entdeckten Urkunden, in Bezug auf welche er sich zum Rest.eid erbot, in Erfahrung gebracht habe, und sein Anführen in der Replik, daß er, trotz der früher genommenen

Digitized by Google

Acteneinsicht, die Ueberzeugung von der irrthümlichen Nachgabe qu. doch erst nach Einsicht sämmtlicher, dem Rest.gesuch abschriftlich beigelegter Urkunden gewonnen habe, sowie die weitere Bemerkung: der Irrthum bedürfe keines besonderen Beweises, derselbe ergebe sich vielmehr aus den überreichten Documenten und werde durch Ableistung des gesetzlichen Restitutionseids zur Gewißheit erhoben, thun klar dar, daß der Beklagte (resp. sein Anwalt) die Zurücknahme des gravirenden Eingeständnisses auch vermittelst des Rechtsmittels der Restitution zu bewirken beabsichtigte. Es kann daher einem Zweifel nicht unterliegen, daß das Rest.begehren des Bekl. an sich und insofern nicht, was der oant. Anwalt dahier urgirt, die Rechtskraft entgegensteht, auch von dem Gesichtspunkt des remedii rest. aus erwogen werden darf. Zunächst jedoch ist die Zulässigkeit desselben nach den Grundsätzen des benef. rest. zu würdigen, da in dem von dem Bekl. nicht angefochtenen Landgerichtsbescheid die prätorische Rechtswohlthat der Rest. für erhoben und rechtlich statthaft erklärt w. ist, und hieran, der für den Beklagten in tantum vorliegenden Rechtskraft halber, vorerst festgehalten werden muß, indem unter Umständen Rest. wegen desselben Punktes sowohl mittelst des beneficii, als auch vermittelst des remedii rest. erlangt werden kann, z. B. wenn ein Minderjähriger bei einem dazwischen liegenden Urtheile noch noviter reperta in die Verhandlung einbringen will. — Hiernach ist vor Allem zu untersuchen, ob das angefochtene Landgerichtserkenntniß von der Betrachtung aus als gesetzmäßig sich darstellt, daß der Bekl. zum Zweck der Zurücknahme des vom ihm selbst abgelegten gerichtlichen Eingeständnisses sich der Rechtswohlthat der Restitution bedient hat. Hier ist nun soviel unbestreitbar und wird schon durch das oben angeführte Beispiel von dem Minderjährigen belegt, daß aus ausreichenden prätorischen Restitutionsgründen selbst gegen bereits rechtskräftige Endurtheile W. E. ertheilt wird, resp. früher in dem Prozeß gemachte Einräumungen wieder zurückgenommen werden können, wenn nur im Uebrigen die Bedingungen hierzu vorhanden sind, wenn also: a) das quadr. rest. eingehalten ist und b) eine Läsion vorliegt. An den Erfordernissen a und b gebricht es aber in concreto nicht, da . . ., die Läsion aber causa quo sich aus der Sache selbst ergibt. Es kann sich daher nur fragen, ob die causa rest. stark genug ist, um die Revocation des früheren Geständnisses zu rechtfertigen. — Die Ansichten der Rechtslehrer hierüber sind, wie aus den in diesen Acten vorkommenden Citaten zu entnehmen ist, sehr verschieden. Nach röm. Rechte konnte bekanntlich jede unrichtige factische Angabe binnen 3 Tagen ohne Weiteres zurückgenommen werden, während später, jedoch vor rechtskräftig entschiedener Sache, der angebliche Irrthum durch den Beweis des Gegentheils des früher Zugestandenen dargethan werden mußte. Ob dagegen überhaupt und unter welchen Bedingungen bloß wegen Irrthums auch nach rechtskräftig abgeurtheilter Sache ein Widerruf stattfinde, dies

Digitized by Google

ist der hauptsächlich streitige Punkt. Die allgemeine Meinung der Juristen ist zwar, wie der Correferent v. J. gezeigt hat, für Bejahung der Frage und nur über die Voraussetzungen, unter welchen die Revocation zulässig sei, herrscht Verschiedenheit der Ansichten, ein Umstand, der in concreto um deßwillen außer Acht bleibt, weil das Landg. bei seiner Entscheidung die dem antischen günstige Theorie adoptirt hat. Ich habe nicht ermitteln können, ob sich unsere Praxis über die Streitfrage bereits fixirt hat. Sollte dieß nicht der Fall sein, so möchte ich mich für diejenige Ansicht aussprechen, welche der nackten Behauptung eines Irrthums da, wo die vorgeblich irrthümliche Nachgabe einem rechtskräftigen Erkenntniß zu Grunde gelegt wurde, jede Wirkung versagt. Mir scheint solche in c. 3. C. 2. 10. (de errore adv.) ihre Rechtfertigung zu finden, wenn man damit die Bestimmung in c. 1. C. eodem in Verbindung bringt; ebenso in c. 7. C. 1. 18. (de juris et facti ign,) und in c. 2. de in int. rest. in VI (1. 21.), indem hiernach zwar der Kirche als solcher die Befugniß eingeräumt wird, gegen ein von ihr abgelegtes gerichtliches Geständniß die Restitution binnen 4 Jahren, von dem Tage des Geständnisses an zu rechnen, nachzusuchen, aber weiter verordnet ist, daß wenn sie sich auf dem gemeinrechtlichen Wege gegen die nachtheiligen Wirkungen des Geständnisses schützen zu können glaube, ihr dieses in jedem Zeitpunkt bis zur Erledigung der Sache freistehe. Die angezogenen Gesetzesstellen verbieten nun allerdings die Zurücknahme eines Geständnisses ob errorem nur für den Fall, wenn der Prozeß durch rechtskräftiges Urtheil seine gänzliche Beendigung gefunden habe, und es möchte sich daher fragen, ob dieselben auch auf den vorliegenden Fall anwendbar seien, wo auf die irrige Nachgabe hin erst ein rechtskräftiges Beweisinterlocut ergangen ist. Ich nehme jedoch keinen Anstand, diese Frage zu bejahen, weil nach unserer Gerichtsverfassung das Beweiserkenntniß bereits das Endurtheil in ventre trägt, also re vera mit diesem, der Wirkung nach, gleichzustellen ist. Mit diesem Ausspruche der Gesetze conformiren sich auch viele Rechtslehrer insofern, als sie nicht auf das bloße Vorschützen des Irrthums hin, wenn solcher und resp. das Gegentheil der früheren Nachgabe bewiesen werden sollte, wo rechtskräftige Entscheidungen dazwischen liegen, Rest. ertheilen, sondern weiter verlangen, daß ex justa causa geirrt worden sei, so daß also nicht sowohl der Irrthum, als vielmehr die besonderen Umstände, welche denselben ins Leben gerufen haben, den Rest.grund abgeben, — und auf solche Art die Sache aufgefaßt, trage ich kein Bedenken, mich damit einverstanden zu erklären. Hiernach wird es denn in concreto zunächst darauf ankommen, ob dem Beklagten erhebliche Momente zur Seite stehen, welche es als billig erscheinen lassen, daß ihm seine frühere irrthümliche Einräumung verziehen werde. Solche Gründe, die einen Anspruch auf die prätorische Restitution zu geben vermöchten, bestehen aber m. E. nicht. Denn das Einzige,

Digitized by Google

was sich hierfür gelend machen ließe, ist der von dem Bekl. angerufene Umstand, daß er das wahre Sachverhältniß erst aus den, angeblich erst neuerdings aufgefundenen Urkunden, in Erfahrung gebracht habe. Allein die Hilfsrechte kennen einen Rest.grund ex capite novorum mit wenigen, hier nicht einschlagenden Ausnahmsfällen, wenn das Urtheil auf die Aussagen bestochener Zeugen oder auf verfälschte Urkunden gebaut wurde, oder — nach der Ansicht Einiger — wenn nach abgeleistetem nothwendigem Eide der Besiegte neue Beweismittel entdeckt, nicht, Bayer Vortr. S. 687, und es hat daher das Landgericht, indem es das erhobene Rest.gesuch als das prätorische Rechtsmittel für zulässig erklärte und hiernach erkannte, unrichtig entschieden. Dennoch ist es mir zweifelhaft, ob der oant. Theil sich durch diese Entscheidung für gravirt erachten kann.

Oben habe ich schon zu entwickeln versucht, daß der Beklagte für sein Rest.verlangen sich auch auf das Dasein der Voraussetzungen für das deutschrechtliche remedium rest. bezogen hat, und scheint es mir unbedenklich, daß er dieß mit Fug und Recht thun konnte. Denn nach den Reichsgesetzen und nach unserer Particular-VO. v. 12. April 1806 ist das gedachte Rechtsmittel im Allgemeinen da platzgreiflich, wo der Rest.Jant nova (das Wort im Sinne der alleg. Part.VO. genommen) einzubringen vermag, die — wären sie vor Erlaß des dazwischen liegenden Urtheils bekannt gewesen, eine andere Entscheidung, als die ergangene, würden zur Folge gehabt haben. Hierbei ist es, da die einschlagenden gesetzlichen Vorschriften allgemein von neuem Einbringen reden, an sich gleichgiltig, ob durch die nova Einreden, Repliken u. s. w. nachträglich geltend werden sollen, oder ob vermittelst solcher die Einlassung auf die Klage, Exceptionen ꝛc. verändert wird; nur das versteht sich von selbst, daß das vermittelst der neu entdeckten Thatsachen bezweckte Ziel nicht auf dem Wege einer besonderen Rechtsverfolgung erreichbar ist, indem, wo Letzteres eintritt, die W. E. als ein bloß subsidiärer Rechtsbehelf ausgeschlossen bleibt. Nur auf solche Art kann der von Bayer und Andern aufgestellte Satz: Die neuen Behauptungen dürften nicht die Grundlage eines von dem bisherigen wesentlich verschiedenen Rechtsstreits enthalten, verstanden werden, und unterliegt es deßhalb für den gegenwärtigen Proceß, in welchem definitiv entschieden wird, ob dem Beklagten an dem fragl. Platze ein Eigenthums- resp. Miteigenthums-, oder ein Servitutenrecht zusteht, keinem Zweifel, daß obiger Satz keine Anwendung leidet. Was daher der oant. Anwalt in der fragl. Beziehung für die Verwerflichkeit der Restitution deducirt, stellt sich als unerheblich dar und scheint diese, vi remedii nachgesucht, überhaupt wohl begründet zu sein. Der einzige Einwand, der ihr mit einigem Schein opponirt werden könnte, besteht darin, daß sich sagen ließe, die angeblich neu aufgefundene Thatsache, daß nämlich Beklagter Eigenthümer resp. Miteigenthümer des Raums qu. sei,

Digitized by Google

hätte diesem nach rechtlichen Grundsätzen bekannt sein müssen, indem, wo dieß der Fall ist, unsere Rechtsprechung nova der bezeichneten Art als geeignet nicht anerkennt, das remedium rest. zu fundiren. Allein wenn man die Verwickelung der Localitätsverhältnisse, die Mehrheit der an dem fraglichen Hofraum Betheiligten und weiter berücksichtigt, daß die Urkunden, aus welchen der Bekl. die Ueberzeugung von dem, ihm zustehenden Eigenthum resp. Miteigenthum geschöpft haben will, aus älteren Zeiten datiren, so wird man seine Unkenntniß für entschuldbar ansehen müssen und jenem Einwand Gewicht beizulegen um so weniger geneigt sein, als der oant. Anwalt sich darauf, daß der Beklagte hätte wissen müssen, er sei Eigenthümer resp. Miteigenthümer des fraglichen Platzes, und daß deßhalb sein angeblicher Irrthum ein unverzeihlicher sei, sich gar nicht bezogen hat. Hiernach war der Bekl. allerdings in der Lage, vermittelst des Rechtsmittels der Rest. die Zurücknahme des früher abgelegten Geständnisses zu erwirken, und dem Rechte nach hätte das Landg.erk. ihm lediglich den Beweis der Unrichtigkeit seines Geständnisses auferlegen und ihn im Uebrigen zur Ausschwörung des gesetzl. Rest.eides zulassen müssen, so daß derselbe den Beweis des Irrthums nicht speciell zu übernehmen gehabt haben würde. Das Landg. hat aber statt dessen den Bekl. mit letzterem Beweise belastet und, davon ausgehend, daß der nach dem gem. Rechte und nach der VO. v. 12. April 1806 eingeführte Rest.eid nur für das remed. rest. ex capite novorum Bedeutung habe, bei dem beneficium rest. ex capite erroris aber das Erbieten zum Eid kein taugliches Mittel zum Beweise des Irrthums sei, in dem Erk. ausdrücklich ausgesprochen, „daß die beantragte Zulassung des Beklagten zum Restitutionseid verworfen werde". Der HofGsCorref., mit dessen Würdigung der Beschaffenheit der nachgesuchten Restitution ich im Resultate übereinkomme, hat angenommen, daß, weil das Landg. den Bekl. schuldig erkannt habe, den behaupteten Irrthum förmlich zu erweisen, während er doch rechtlich nur verbunden sei, den Rest.eid nach Maßgabe der VO. v. 12 April 1806 abzuleisten, also auf diesem einfacheren Weg die causa rest. darzuthun, die Kläger sich durch den gedachten Bescheid nicht für gravirt erachten könnten, indem eine den Gesetzen entsprechende Abänderung von ihnen wohl als eine reformatio in pejus betrachtet werden könnte, der oant. Anwale dagegen, welcher gegen letzte Argumentation des HofGs-Corref. hervorhebt, daß, nach dem Umfange des verordnungsmäßigen Rest. eides, der Bekl. neben seiner früheren Unbekanntschaft mit dem eingebrachten novum überhaupt auch noch speciell den Umstand hätte beschwören müssen, daß er die producirten Urkunden zuerst nach Erlaß des Erkenntnisses vom 25. Nov. 1846 aufgefunden habe, daß also insofern keineswegs unbedingt behauptet w. könne, dieses Erkenntniß sei den Klägern vortheilhafter oder wenigstens ebenso vortheilhaft, als wenn das Landg. den Bekl. zum gesetzl. Rest.eid zugelassen haben würde, leitet aus der für

Digitized by Google

den Bekl. rechtskräftig gewordenen Versagung dieser Zulassung die Wirkung her, daß hiernach von dem remed. rest., welches durch die Ableistung des in der VO. v. 1806 vorgeschriebenen Eides absolut bedingt sei, keine Rede weiter sein könne, daß vielmehr, nachdem feststehe, daß ob errorum gegen rechtskräft. Urtheile nicht restituirt werde, hier aber eine rechtskräftige Sentenz durch das Rest.gesuch beseitigt w. solle, mit dieser Basis der landg. Entscheidung das Rest.verlangen selbst zusammenfallen müsse. M. E. ist nun weder der Meinung des HofGsCorref., noch derjenigen des oant. Anwalts durchgängig beizupflichten. Denn was die Erstere betrifft, so scheinen mir die Kläger und OAnten allerdings zu dem Verlangen berechtigt zu sein, daß der Bekl. die von ihm abgeläugnete Thatsache: er habe erst nach Erlaß des Beweisinterlocuts vom 14. März 1846 Kenntniß von dem ihm an dem Platze qu. zustehenden Eigenthum resp. Miteigenthum erhalten, auf rechtlich statthafte Weise zur juristischen Gewißheit erhebe. Von diesem Umstande nämlich hängt sowohl die Zulässigkeit des remedii rest., als auch die des benef. rest. ab, indem, was Letzteres angeht, jedenfalls nur wegen eines gerechten entschuldbaren Irrthums W. E. ertheilt werden könnte, der Irrthum des Bekl. über sein Eigenthum ꝛc. an dem betr. Raum aber und die verspätete Geltendmachung dieses Irrthums wohl nur dann als entschuldigt zu betrachten ist, wenn der Bekl. erst nach der Sentenz vom 14. März 1846 den eigentlichen Sachverhalt in Erfahrung gebracht hat. Insofern also halte ich die Kläger und OAnten durch den angefochtenen Landgsbescheid allerdings für beschwert. Dagegen geht ihr Anwalt offenbar darin zu weit, daß er deßhalb, weil das Landg. den Antrag des Bekl. auf Zulassung zum Rest.eid verworfen hat und dieser Ausspruch für den Beklagten rechtskräftig geworden ist, das remedium rest. für rechtskräftig ausgeschlossen erklärt. Der Bekl. hat in seinem Rest.gesuch die factischen Momente angegeben, welche das genannte Rechtsmittel zu begründen geeignet sind, er hat also auch an sich einen gerechten Anspruch darauf, daß seinem Verlangen unter den, dasselbe bedingenden gesetzlichen Voraussetzungen willfahrt werde. Wenn nun das Landg. das Rest.gesuch zwar an sich für zulässig erachtet, aber im Uebrigen die Sache unrichtig beurtheilt und eine den Bekl. in tantum gravirende Entscheidung erlassen hat, so kann doch aus dieser Entscheidung der Gegner unmöglich alsdann einen Grund für die gänzliche Verwerflichkeit des Rest.gesuchs entnehmen, wenn dasselbe, sei es auch unter schwereren, als die gewöhnlichen gesetzlichen Bedingungen noch aufrecht erhalten werden kann. Hat nun auch das Landg. für den Beklagten rechtskräftig erkannt, daß derselbe den (subjectiven) Irrthum darzuthun habe, und sich hierzu der eidlichen Erhärtung des Umstandes (von vornen herein) nicht bedienen könne, und ist auch durch diese Entscheidung der klagende Theil insofern verletzt, als nicht in Betracht gezogen wurde, daß der Bekl. erst nach dem Bescheid vom 14. März 1846 Kenntniß seines

Digitized by Google

Irrthums erlangt haben müßte, so bleibt es doch keineswegs abgeschnitten, dieses Faktum, wenn es auch nicht vermittelst des gesetzl. Rest.eides nachgewiesen werden darf, dem Bekl. noch besonders zum Beweis auszusetzen. Es ist daher die auf Verwerfung des Rest.gesuchs als unstatthaft gerichtete Beschwerde dds OAnten augenscheinlich unbegründet und nur davon könnte es sich etwa handeln, ob nicht in dem zweiten Theile des dem Bekl. sub I des Landgserk. vom 22. Nov. 1846 injungirten Beweises nach den Worten „jenes Eigenthums" und vor den Worten „im (subjectiven) Irrthum" noch einzuschalten wäre „bis nach Erlaß des Erk. v. 14. März 1846", so daß also der betr. Passus des Beweissatzes dahin gehen würde: „sowie daß er, Bekl., sich bei dem Zugeständnisse jenes Eigenthums bis nach Erlaß des Erkenntnisses v. 14. März 1846 im (subjectiven) Irrthum befunden habe." Selbst dieß ist mir zweifelhaft, ob auf solche Art reformirt w. kann, ob nicht vielmehr, unter Streichung der entgegenstehenden Bestimmungen des angefochtenen Landgerichtsbescheids, der Bekl. jetzt noch zum Rest.eid nach Maßgabe der VO. v. 12. April 1806 zuzulassen ist. Der oant. Anwalt hat in dem Gravatoriallibell dieser Instanz angegeben, seine Mandanten würden den ihnen etwa von dem Beklagten über den ponirten Irrthum deferirten Eid in keinem Falle annehmen, sondern jenen zurückschieben, und hat daraus deducirt, daß der gesetzliche Rest.eid, der auch den Umstand umfasse, daß Bekl. erst nach ergangenem Erkenntnisse die producirten Urkunden aufgefunden habe, für sie vortheilhafter wäre, als wenn es bei dem Ldgserk. v. 12. Nov. 1846 sein Verbleiben behalte. Er hat sich somit implicite für zufrieden erklärt, daß der Bekl. für den Fall, daß dessen Rest.gesuch nicht völlig abgewiesen werde, den gesetzlichen Rest.eid ausschwöre, und glaube ich deßhalb, daß hiernach füglich erkannt werden kann. —

Hiernächst wurden die vollen Prozesse erkannt und adhärirte der Oat. Der Ref. bemerkte nunmehr weiter: . . . Auch jetzt kann ich nur auf dieser Ansicht beharren und glaube auch, daß der damals von mir ausgesprochene Zweifel, ob, des eigenthümlichen Stands der Sache wegen, so erkannt werden könne, wie es dem mat. Rechte nach geschehen sollte, nunmehr in Folge der Adhäsion des Oaten gehoben ist. Diese Adhäsion . . . ist an sich zulässig . . . In materieller Hinsicht halte ich jedoch die primäre Beschwerde für nicht gerechtfertigt. Mittelst derselben bezweckt der Oat ein Erkenntniß zu erwirken, welches ihn von jedem Beweise frei gibt, und wonach die Begründung seines Rest.gesuchs lediglich davon abhängig gemacht werde, daß er den Rest.eid, daß er vor dem Interlocut von dem neuen Vorbringen (seinem Eigenthum resp. Miteigenthum an dem fragl. Hofraum) nichts gewußt, abzuleisten habe, worauf es sodann dem Untergerichte zu überlassen sei, den Oanten (Klägern) die erforderliche Beweisauflage zu machen. — Wäre durch das Rechtsmittel der Rest. eine neue Thatsache in die Verhandlungen nachzubringen, die früher in denselben

Digitized by Google

noch in keiner Weise zur Sprache gekommen wäre, so müßte doch selbst in diesem Falle der Jant den Beweis dieser neuen Thatsache, aus welcher er Rechte ableitet und deren Dasein die zu jeder Restitution nothwendige Voraussetzung einer Läsion bedingt, übernehmen. Allein in concreto soll sogar durch das neue Vorbringen ein bereits durch das Eingeständniß des Oaten festgestelltes Verhältniß, auf dessen Fortdauer die Oanten an sich ein Recht haben, aufgehoben, es soll das Bekenntniß, daß die Letzteren Eigenthümer des betr. Hofraums seien, zurückgenommen und einem Eigenthums- resp. Miteigenthumsrecht des Oaten nachträglich in einer Weise Geltung verschafft werden, daß hiernach die Oanten nunmehr den Beweis ihres früher zugestandnen Klaggrundes zu führen hätten. Eine solche Wirkung kann dem Umstande, daß der Oat das Gegentheil seiner früheren Nachgabe (die Unrichtigkeit der letzteren) erst nach dem Interlocute vom 14. März 1846 in Erfahrung gebracht habe, resp. der eidlichen Erhärtung dieses Umstandes nicht beigemessen werden; vielmehr ist hier die Hauptbedingung für jede W. E. im Auge zu behalten, daß nämlich eine Läsion vorliege, die auf dem Wege der Rest. gehoben werden soll, und diese Hauptbedingung existirt in concreto nur in dem Falle, wenn die frühere Nachgabe des Oaten in der That unrichtig ist. Genügt es daher da, wo das novum in einer neuaufgefundenen Einrede oder in einer sonstigen relevanten, in den vorderen Instanzen nicht vorgebrachten selbstständigen Thatsache besteht, deren Beweis der Rest.Jant zu übernehmen hat, für die nachträgliche Zulassung des neuen Vorbringens, daß Letzterer (der Rest.Jant) den gesetzlichen Rest.eid ausschwöre, weil in diesem Falle die der Eidesableistung nachfolgende Beweisführung über die Wahrheit der neu behaupteten Thatsache die Läsion nothwendigerweise an den Tag legen muß, so muß eine gleiche Beweislast doch auch in casu substrato den Oaten treffen, da derselbe, müßten, in Folge der Ausschwörung des Rest.eides, die Oanten das ihnen vordem zugestandene Eigenthum an dem betr. Raum darthun, von dem Beweis einer, die Rest. bedingenden Verletzung durchaus frei sein würden. Es hat daher derselbe die factische Unrichtigkeit seiner früheren Einräumung oder, was das Nämliche ist und jedem Rest.Janten obliegt, die Existenz der angeblich neu aufgefundenen Thatsache unter allen Umständen nachzuweisen und zwar, da er gegen den von dem Landgerichte in dieser Beziehung formulirten Beweissatz nichts eingewendet hat, obgleich der Beweissatz mit seiner Behauptung, daß er ausschließlicher Eigenthümer eines Theils des in Rede befangenen Hofraums sei, nicht im Einklang steht, dahin: „daß die Kläger nicht Eigenthümer des auf dem Handriß mit X bezeichneten Raumes seien, resp. daß ihm das Miteigenthum daran zustehe.“ Ist hiernach die primäre Beschwerde jedenfalls in dem gestellten Umfang unbegründet, so unterliegt es doch nach meinen vorderen Ausführungen keinem Bedenken, daß derselben resp. der eventuellen Beschwerde dahin statt zu geben ist, daß der

Digitized by Google

dem Daten weiter injungirte Beweis: „daß er sich bei dem Zugeständniß seines Eigenthums im (subjectiven) Irrthum befunden habe", sowie die von dem Landg. ausgesprochene Verwerfung des Antrags auf Zulassung zum Rest.eide wegfallen muß, daß vielmehr obiger Beweis gerade durch die Ausschwörung des letzteren Eides nach Maßgabe der VO. v. 12. April 1806 zu ersetzen ist . . . Ich proponire ꝛc. zu erkennen: daß unter der Voraussetzung der Ausschwörung des gesetzl. Rest.eides durch den Restitut.Janten und Daten dahin: „daß er die behauptete Unrichtigkeit seines früheren Eingeständnisses: die Restit.Jaten seien Eigenthümer des hier fraglichen Hofraums, erst nach dem Landg.Erk. v. 14. März 1846 in Erfahrung gebracht habe", die nachgesuchte Rest. zu ertheilen sei und demgemäß Implorant und Dat binnen 14tägiger Frist, Gegenbeweis vorbehältlich, vor Gr. Landg., an welches die Sache zurück verwiesen wird, zu beweisen habe: daß die Kläger nicht Eigenthümer ꝛc. (wie oben).

Am 27. April 1849 erging Urtheil „nach Antrag."

21.

Erben des Hofkammerraths Kugler v. Offenbach, Kl. ca. Erben des Raths Breidenbach v. da, Wechselforderung betr. 1841. 1844.

Restitutionsgesuch gerichtet auf Zurücknahme eines in den Beweisartikeln vorgetragenen irrigen factischen Vorbringens, auf dessen Grund ein Zeuge als testis in re propria rechtskräftig verworfen worden war.

Läsion. Remedium oder Beneficium restitutionis? Nach erlassnem Urtheil ist förmliche Restitution nöthig. Der Irrthum muß bis zum Urtheil gedauert haben. Cumulation mit der Restitution wegen Minderjährigkeit. Entschuldbarkeit des Irrthums. Der Irrthum kann nur durch den Restitutionseid bescheinigt werden. Neben dem Restitutionseid ist der Beweis der Unrichtigkeit des Vorbringens erfordert. Die Praxis restituirt schon nach abgeleistetem Restitutionseid. Minderjährige sind von Ableistung des Restitutionseides frei. Minderjährigkeit und Läsion müssen erwiesen werden.

Die Kläger hatten die Executivklage auf zwei Wechsel gestützt. Der Anwalt der Bekl. erkannte die Schuldscheine als ächt an, opponirte aber die Einrede der Zahlung und Tilgung, zu deren Liquidstellung er 5 Urk. in Abschrift vorlegte. Der kläg. Anwalt läugnete die Aechtheit der einen Urkunde. Beklagter Theil übernahm den Aechtheitsbeweis, welchen er u. A. auch durch Berufung auf das Zeugniß des M. K. zu O. vertrat. Hier-

Digitized by Google

bei wurden Beweisartikel übergeben. Die Kläger bestritten die Zulässigkeit des Zeugen namentlich auch, weil er Zeuge in eigener Sache sei, indem er mit Ueberlieferung des fragl. Geldes an Hofkammerrath K. beauftragt gewesen sein solle und folglich dieses Geld noch in eignem Sack haben würde, wenn er nicht zu Gunsten des beweisführenden Theils aussagte. Durch Hofgsurtheil vom 20. Sept. 1834 wurde der Zeuge für unzulässig erklärt und diese Entscheidung am 20. Juli 1837 vom O.A.G. bestätigt. Am 28. October 1837 kam ein Rest.gesuch beim Hofg. ein folg. Inhalts: Die den Zeugen K. verwerfenden Entscheidungen beruhten darauf, daß Zeuge nach Beweisartikel 4 beauftragt gewesen sein solle, dem H-K-R.K. eine Summe Geldes zu überbringen und sich hiernach eine nach Maßgabe des im Art. 3 erwähnten Diktats ausgefertigte Generaldecharge geben zu lassen. Es sei aber, wie Beklagte sich neuerdings verlässigt hätten, jene für den Aechtheitsbeweis ohnehin ganz irrelevante Thatsache, welche man ohne vorherige Rücksprache mit dem Zeugen als bloß möglich supponirt habe, durchaus unrichtig, es sei nämlich unrichtig, daß Zeuge K. damals von Rath B. Geld und den Entwurf qu. mit dem Auftrage erhalten habe, jenes abzuliefern und die Decharge zu verlangen. M. K. habe kein Geld, sondern nur den Auftrag erhalten, die Decharge zu bewirken. Zeuge sei hiernach zulässig.

Die fragliche Restitution wurde vom O.A.G. reformatorisch 1841 ertheilt. Der Referent bemerkte im Wesentlichen:

Die Beweisartikel der Bekl. waren auf Thatsachen gerichtet, welche den Zeugen mit Rücksicht auf sein Mandatsverhältniß zu Rath B. als testis in re propria erscheinen ließen und daher dessen Verwerfung in zwei Instanzen zur Folge hatten. (Folgt Ausführung, daß gerade das Mandatsverhältniß die Ursache der Verwerfung war). Nach dem Hofgsurtheil vom 20. Sept. 1834 wollen Beklagte in Erfahrung gebracht haben, daß eine in den Artikeln angegebene Thatsache irrthümlich darin aufgenommen worden sei, sie behaupten, daß in Folge der Modification, die hiernach das Mandatsverhältniß erleide, der Zeuge als zulässig erscheine, und gründen hierauf ein Rest.gesuch. Vor Allem ist hier darauf aufmerksam zu machen, daß wir es hier mit dem s. g. remedium, und nicht mit dem beneficium rest. zu thun haben, was mit Rücksicht auf den für jenes vorgeschriebenen Rest.eid von praktischen Folgen ist. Vor entschiedener Sache kann man unrichtiges factisches Vorbringen revociren, ohne daß es der Rest. bedürfte. c. 7. C. de jur. et facti ign. l. 3. C. de errore advoc. c. 2 de in integr. rest. in VI. Dieß ist auch an sich ganz unbestritten, Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 63—67; Linde Abhandlungen Nr. V. S. 157; Lotz im Arch. f. c. Pr. Bd. III. Nr. VIII. S. 111 u. 120; Bethmann-Hollweg Versuche S. 296 und 311; Bayer Vorträge S. 310, und nur darüber, was die btr. Parthie zu beweisen habe, ist man nicht ganz einig. Nach dem Urtheil aber kann

Digitized by Google

ein factischer Irrthum nur auf dem Wege der Rest. widerrufen werden, Weber a. a. O. S. 63; Bethmann-Hollweg S. 296; Lotz a. a. O. S. 110; Linde a. a. O. S. 154 Note 38, und diese Rest. kann, eben weil man vor dem Urtheil keiner Rest. bedarf, nur als gegen das Urtheil gerichtet angesehen werden, was denn auch Lotz, Weber und Linde ausdrücklich bemelden. Letzterer sagt namentlich: „In diesem Fall weicht die Zulässigkeit einer Restitution überhaupt von den allgemeinen Grundsätzen nicht ab.“ Nach den Hilfsrechten wurde, wie namentlich die oben alleg. c. 7 beweist, ohne eine andere causa restitutionis, z. B. Minderjährigkeit, bloß ex capite erroris nach entschiedener Sache nicht restituirt, und erst die Reichsgesetzgebung hat das remedium ob noviter reperta eingeführt, welches nichts anderes ist, als eine rest. ob errorem, und keineswegs, wie der Referent des jud. a quo behauptet, bloß auf neue Einreden und Beweismittel beschränkt ist, sondern auf jedes neue factische Vorbringen sich bezieht, das, wenn es vor dem Urtheil bekannt gewesen, eine andere Entscheidung zur Folge gehabt haben würde.

Auch bezüglich des minderjährigen L.G., insofern dieser noch als weitere causa restituendi die minor aetas cumulirt, erscheint die Rest. als das remedium, indem auch hier lediglich das Urtheil der Geltendmachung des neuen Vorbringens ohne Rest. entgegen steht und die von mehreren Streitgenossen nachgesuchte Rest. hinsichtlich eines derselben dadurch ihr Object nicht verändert, daß dieser auf eine bei den übrigen nicht eintretende causa rest. sich beruft. Ueberhaupt bin ich der Ansicht, daß jede rest. ex capite minoris aetatis, vermittelst welcher nach entschiedener Sache ein in den vorausgegangenen Verhandlungen begangener Fehler remedirt werden soll, als rest. contra sententiam zu betrachten ist, ein Satz, der wenigstens hinsichtlich der Rest. wegen versäumter Einreden ꝛc. und Beweismittel die Praxis gegen sich hat und dessen weitere Ausführung hierher nicht gehört, weil in concreto es gleichgiltig ist, ob man in Ansehung des Minderjährigen die Rest. als remed., oder benef. betrachtet. Die Majorität des jud. a quo ist davon ausgegangen, daß der Zeuge K. auch nach dem durch das neue Vorbringen modificirten Mandatsverhältniß immer noch als unzulässig erscheine. Wäre diese Ansicht richtig, so würde freilich die definitive Verwerfung des Rest.gesuchs als vollkommen gerechtfertigt sich darstellen, weil es dann an der erforderlichen Läsion fehlte. — Der Referent führt nun aus, daß der Zeuge nach der gewöhnlichen Theorie zwar unzulässig sei, nicht aber nach der Rechtsprechung, und fährt dann fort: Aus den eben angeführten Gründen bin ich der Meinung, daß das durch das neuere Vorbringen modificirte Mandatsverhältniß den Zeugen nicht mehr unfähig macht, ja er wird bloß deßhalb nicht einmal als ein in hohem Grad verdächtiger Zeuge anzusehen sein. . . .

Soll nach entschiedner Sache ein in den Verhandlungen unterlaufener Irrthum berichtigt werden, so setzt dieß voraus, einmal, daß ihn die betreffende

Digitized by Google

Parthie erst nach dem Urtheil gewahr geworden ist, und sodann, daß der Irrthum ein entschuldbarer war. Daß Entschuldbarkeit des Irrthums erfordert wird, darüber ist man einig, während bei dem Widerruf einer factischen Angabe vor erlassenem Urtheil Nichts darauf ankommen, ja nach Ansicht mancher Rechtslehrer, z. B. Bethmann-Hollwegs, bloß der Beweis der Unrichtigkeit des Vorbringens ohne Beweis des Irrthums genügen soll. Nach Ansicht des Hofgsref. fehlt es in concreto an der Entschuldbarkeit des Irrthums, einmal, weil es hier von einem error facti proprii sich handle, indem die Bekl. ihren Erblasser repräsentirten, dieser aber habe wissen müssen, wem er das Geld gegeben, und sodann, weil jetzt Zeuge Z. als derjenige bezeichnet werde, den Rath B. gewöhnlich zu Geldtransporten gebraucht habe. Den ersten Grund anlangend, so beruht derselbe offenbar auf einer unrichtigen Anwendung des Princips der Personeneinheit zwischen Erblasser und Erben. Der Ausdruck error facti alieni wird in der hier fraglichen Beziehung ganz eigentlich genommen, so daß auch die Handlungen derjenigen Personen, an deren Stelle man tritt, als facta aliena betrachtet werden, wie dieß ausdrücklich in den Gesetzen bestimmt ist. l. 42. D. de R. J. Der weitere Grund kann um deßwillen nichts entscheiden, weil die R.Janten die betr. Thatsache erst neuerdings in Erfahrung gebracht haben wollen. Dennoch ist die Entschuldbarkeit des Irrthums aus anderen Gründen nicht außer allem Zweifel. Die Beklagten konnten schon früher bei dem Zeugen selbst hinsichtlich des fragl. Umstandes sich erkundigen, und nach l. 9. §. 2. D. de jur. et fact. ign. soll der Irrthum über eine Thatsache, welche man durch sorgfältige Erkundigung erfahren konnte (quam diligenter inquirendo notam habere possit) als auf einer summa negligentia beruhend keine Beachtung verdienen. Indessen dürfte denn doch die Unterlassung der Erkundigung bei dem Zeugen selbst darin ihre Entschuldigung finden, daß die Producenten, um dem Verdacht der Subornation zu entgehen, eine Besprechung mit dem Zeugen vermeiden wollten, indem die deßfallsige Behauptung als affectirt wohl nicht betrachtet werden kann. Man könnte ferner einwenden, daß schon darin eine grobe Nachlässigkeit sich kundgebe, daß die Producenten ohne besondere Veranlassung aufs Gerathewohl die fragliche Thatsache in die Artikel aufgenommen hätten; allein erwägt man, daß doch einige Vermuthung dafür spricht daß derjenige, welcher mit Einholung einer Quittung beauftragt wurde, auch dem Aussteller der Quittung Geld überbracht habe, weil Quittungen sogleich bei der Zahlung verlangt und ausgestellt zu werden pflegen, so möchte denn doch eine die Verzeihlichkeit des Irrthums ausschließende summa negligentia oder, um mit l. 6. D. de jur. et fact. ign. zu reden, eine supina ignorantia den Beklagten nicht zur Last fallen. — Daß die Bekl. die Unrichtigkeit des früheren Vorbringens vor dem Urtheil nicht gekannt haben, müssen sie durch den Rest.eid erhärten, welchem nach der BO. v. 12. April 1806 Niemand durch andere

Digitized by Google

Bescheinigungsmittel sich entziehen kann. In Folge der Ableistung dieses Eides werden aber noch nicht eo ipso die vorliegenden Urtheile beseitigt, vielmehr müssen demnächst die Bekl. auch die Unrichtigkeit des betr. früheren Vorbringens darthun. Eine Erörterung der Streitfrage: articulans an fateatur? welche von Mittermaier Arch. f. civ. Pr. Bd. II Nr. 30, Spangenberg Zeitschrift für CivilR. und Pr. Bd. V Nr. 3 verneint, von Gensler aber in einem Zusatz zu der Mittermaier'schen Abhandlung bejaht wird, erscheint hier als überflüssig, denn diese Controverse bezieht sich nicht auf einen Fall der vorliegenden Art, wo es sich lediglich um Zulässigkeit eines Zeugen handelt und in den Artikeln ein factum enthalten war, welches den Zeugen als inhabil erscheinen läßt. Daß in solchen Fällen der Inhalt der Artikel dem Producenten zum Präjudiz gereichen muß und auch vor Entscheidung über die Zulässigkeit des Zeugen nicht willkürlich und ohne Weiteres revocirt werden kann, ist wohl an sich klar. Indessen dürfte hier wohl kein stringenter Beweis, sondern nur eine Bescheinigung erforderlich sein.

Es würde hiernach hinsichtlich der großjährigen Rest.imploranten, unter Aufhebung der sent. a qua, zu erkennen sein: daß unter der Voraussetzung, daß die Imploranten den R.eid dahin ableisten: „daß die Unrichtigkeit der früher im Art. 4 enthaltenen Angabe, wonach Zeuge K. von Rath B. beauftragt gewesen sein soll, dem Hof=K=R. K. eine Summe Geldes zu überbringen, erst nach dem Hofgerichtsurtheil v. 20. Sept. 1834 in Erfahrung gebracht hätten"; die R. zu ertheilen und die Imploranten — Gegenbeweis für die Imploraten vorbehältlich — zum Beweis der Unrichtigkeit jenes früheren Vorbringens zuzulassen seien. — Eigentlich sollte bei dem remed. rest. ob noviter reperta die Rest. erst dann ertheilt werden, wenn die Geltendmachung des neuen Vorbringens zu dem Resultat geführt hat, daß wirklich das vorliegende Urtheil wieder aufgehoben werden muß, allein die Praxis restituirt unter der Bedingung des abzuleistenden Restitutionseides, sobald die Verhandlungen über die Zulässigkeit des neuen Vorbringens ein dem Imploranten günstiges Resultat geliefert haben, und dieser Praxis entspricht die proponirte Entscheidung. Was den minderjährigen L. G. betrifft, so bedarf es hinsichtlich seiner der Ableistung des R.eides nicht, indem er ex capite minoris aetatis auch dann R. verlangen kann, wenn sein Vertreter die Unrichtigkeit des fragl. Vorbringens schon vor dem Urtheil gekannt, oder gar nicht geirrt hat. Allein immerhin muß er doch die Unwahrheit jenes Vorbringens nachweisen, weil er ohne diese ja nicht lädirt wäre. Nur würde bei ihm auf die Entschuldbarkeit des Irrthums natürlich nichts ankommen. Wenn der Hofgsref. annimmt, daß die R. durch einen andern Vertreter nachgesucht werden müsse, so ist diese Ansicht der Praxis dieses höchsten Gerichts nicht entsprechend. Uebrigens ist die behauptete Minderjährigkeit weder nachgegeben, noch auch genügend widersprochen, indem es in der Erklärung nur

Digitized by Google

heißt: Der angeblich minderjährige u. s. w. Es würde hiernach für den Fall, daß der gesetzliche Vertreter des L.G. nicht ebenfalls den Rest. eid ausschwören will, vorerst den Jaten eine bestimmtere Erklärung auf die behauptete Minderjährigkeit aufzugeben sein ꝛc. Vorerst werden aber die vollen App.prozesse zu erkennen sein. — Der Correferent war einverstanden. — Nachdem die vollen Prozesse erkannt waren, bemerkte der Ref. dem Einwand des Imploraten gegenüber, daß der Irrthum nicht bescheinigt sei: Was die hier desiderirte Bescheinigung des Irrthums anlangt, so bezieht sich die in der VO. v. 11. Jan. 1812 §. 9 vorgeschriebene Bescheinigung der Rest.causalien lediglich auf das benef. rest. ex capite absentiae und ex clausula generali, für das hier in Frage stehende remed. rest. ob noviter reperta und das benef. rest. ob minorem aetatem schreibt kein Gesetz eine solche mit dem Rest.gesuch beizubringende Bescheinigung vor. Daß der durch den Rest.eid zu erweisende Irrthum der Imploranten nach der dermaligen Sachlage als ein entschuldbarer anzusehen ist, habe ich in meinem früheren Gutachten ausgeführt, es wird jedoch den Imploraten beßfallsiger Gegenbeweis vorbehalten werden müssen. —

Zur Erläuterung der früheren Behauptung, daß kein stringenter Beweis der Unrichtigkeit des früheren implorantischen Vorbringens erforderlich sein möchte, bemerkte der Ref. noch nachträglich: Die Zurücknahme eines gewöhnlichen Geständnisses setzt allerdings vollen Beweis der Unwahrheit voraus. Allein von einem solchen Geständniß — dem Geständniß einer dem Producten in der Hauptsache zum Vortheil gereichenden Thatsache — handelt es sich hier nich, sondern von der in den Beweisartikeln enthaltenen Angabe eines facti, welches als Nebenumstand der zu erweisenden Thatsache erscheint und als solches von den Producten selbst nicht als wahr anerkannt wird. Zur Aufnahme eines solchen Nebenumstandes geben bloße Vermuthungen dem Producenten genügende Veranlassung und Gründe der Wahrscheinlichkeit für die Nichtwahrheit der btr. Thatsache müssen ihn daher auch zur Zurücknahme einer solchen Angabe berechtigen. Es würde sonach dem Imploranten nur eine Bescheinigung aufzuerlegen sein. Als Schlußantrag proponire ich folgenden Urtheilsententwurf: daß

I. bezüglich der großjährigen Imploranten diesen, unter der Voraussetzung der Ausschwörung des von ihnen dahin abzuleistenden Rest.eides: „daß sie die Unrichtigkeit der früher im Beweisartikel 4 enthaltenen Angabe, wonach Zeuge K. von Rath Breidenbach zugleich beauftragt gewesen sein soll, dem Hofkammerrath K. eine Summe Geldes zu überbringen, erst nach dem Hofgsurtheil vom 20. Sept. 1834 in Erfahrung gebracht hätten", die gebetene Rest. zu ertheilen, und dieselben demnach — Gegenbeweis den Imploranten im Allgemeinen und namentlich dahin: daß der Irrthum der Imploranten kein entschuldbarer gewesen sei, vorbehält-

Digitized by Google

lich — zur Bescheinigung der Unrichtigkeit jenes früheren Vorbringens zuzulassen; daß dagegen

II. was den angeblich minderjährigen L. G. betrifft, insofern nicht dessen Vertreter es vorziehen sollte, nur das remed. rest. ob noviter reperta geltend zu machen — für welchen Fall die sub I gegebenen Bestimmungen auch hier gelten — die Imploraten schuldig seien, vorerst noch auf die Behauptung der Minderjährigkeit des L.G. bestimmt sich einzulassen.

Am 12. Oct. 1841 wurde im Colleg Beschluß nach Antrag jedoch mit der Modification gefaßt, daß den Imploranten Beweis und nicht eine bloße Bescheinigung aufzuerlegen sei.

Nachdem die Minderjährigkeit des L.G. bescheinigt war, legte das Hofg. demselben den gleichen Nachweis auf, wie den Volljährigen. Die desfalls an das O.A.G. verfolgte Beschwerde wurde verworfen. Der Referent bemerkte: Wenn der appellantische Sachwalter dagegen einwendet, der minderjährige L. G. sei nicht erst dann verletzt, wenn die von seinem Vater zugestandene Thatsache, von der dieser selbst keine zuverlässige Wissenschaft habe besitzen können, welche noch weit weniger der im Jahr 1818 noch nicht geborne minor gewußt habe, unwahr sei, sondern schon darum, weil der Vater ein mindestens ungewisses Factum zugestehe und dadurch seinen minderjährigen Sohn eines Haupt-Beweismittels beraube, so scheint mir der gedachte Anwalt übersehen zu haben, daß es zum Beweise der Läsion nicht genügt, wenn der angeblich Verletzte bloß darthut, daß ein gewisses Ereigniß ihn benachtheiligt oder mit einem Nachtheil bedroht, sondern daß er zugleich zeigen muß, der Nachtheil habe ihn seiner Beschaffenheit, namentlich seinem Grunde nach nicht treffen dürfen. Wenn dieser zu Folge der Gesetze sich als ein nothwendiger, nicht zu vermeidender darstellt, so ist der Minderjährige nicht verletzt. Wendet man dieß auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich daraus, daß wenn das Vorbringen in dem Art. 4 der früheren Beweisantretung, der Zeuge K. sei mit der Ueberbringung des Geldes an K. beauftragt gewesen, richtig ist, der Verlust dieses Zeugen als Beweismittels darum keine Läsion des minderjäh. G. zu involviren vermag, weil dieser Verlust unter der erwähnten Voraussetzung eine nothwendige Folge der hier zur Anwendung kommenden Rechtsgrundsätze war. Da nun jede Rest. durch das Dasein einer Verletzung bedingt ist und die Existenz der letzteren, wenn sie von ungewissen Thatsachen abhängt, stets von demjenigen, der die Rest. in Anspruch nimmt, im Widerspruchsfalle nachgewiesen werden muß, so ergibt sich hieraus die weitere Folge, daß der minor G. sich dem Beweise, wozu ihn das judicium a quo schuldig erklärt hat, rechtlich nicht zu entziehen vermag. — 1844.

Digitized by Google

22.

Emig von O. Ramstadt, Kl. ca. Franz Schneider II. daſ., Bekl. Forderung betr. 1855.

Restitutionsgesuch gerichtet auf Aenderung eines in der Exceptionalhandlung abgegebenen Vorbringens, welches Kläger zum Klaggrunde erhoben hatte, nach rechtskräftigem Urtheil gestützt auf neu aufgefundene Thatsachen.

Remedium oder Beneficium? Nichtentschuldbarkeit des Irrthums.

Kläger hatte in der Klagschrift behauptet, daß nach einem zwischen dem verlebten F. Sch. I (dem gemeinschaftlichen Vater der Ehefrau des Klägers und des Bekl.) und seinen Kindern abgeschlossenen Gutsanschlagsvertrag der Bekl. zur Herausgabe von 600 fl. an die Ehefrau des Klägers verpflichtet sei. In der Erklärung behauptete Bekl., die Ehefrau des Klägers habe ihm ihren Antheil elterlicher Güter um 600 fl. verkauft und ihm versprochen, den Steigschilling stehen zu lassen. In der Gegenerklärung sagte Kläger, die Behauptung des Bekl. mit dem Kaufe sei richtig, und berichtige er insoweit die Klage, er läugne aber die Zusage des Stehenlassens. Hiernächst erfolgte Interlocut, welches dem Bekl. den Beweis der Zusage des Stehenlassens auferlegte. Nach eingetretener Rechtskraft bat Bekl. auf Grund des inzwischen eröffneten Testaments des F. Sch. I. um Rest. gegen die Erklärung, weil in dem Testament eine Curatel über die Ehefrau des Kl. angeordnet sei, wonach diese nicht befugt erscheine, die von ihren Eltern herrührende Kaufschillings-Forderung in Empfang zu nehmen. Gebeten wurde, den Bekl. bezüglich dieses neuen Vorbringens zu restituiren und ihm zu gestatten, dasselbe auf die Klage noch vorbringen zu dürfen. Zugleich war bemerkt, in Folge der Rest.ertheilung und der demnächstigen Erklärung fielen die in der Mitte liegenden Erkenntnisse hinweg; vorsorglich werde auch um Rest. gegen diese gebeten. Kläger bestritt die Zulässigkeit des R.Gesuchs namentlich deßhalb, weil der Bekl. durch dasselbe sein bereits in den früheren Verhandlungen abgelegtes Geständniß, daß er der Ehefrau des Klägers das Geld für die von dieser selbst erkauften Grundstücke verschulde, widerrufen wolle. Das Landg. D. wies das Gesuch ab, das Hofg. in D. ließ es zu, das O.A.G. stellte aber das erstinstanzliche Urtheil aus folgenden Gründen des Referenten wieder her:

Der Hofgsref. stelle sich die Frage, ob dem Bekl. bei Beantwortung der Klage eine Nachlässigkeit zur Last falle, und ob er das neue Vorbringen schon früher habe wissen können. Er verneine diese Frage und führe sodann weiter aus, daß das Geschäft, welches der Klage zu Grunde liege und welches durch das eigne Vorbringen des Bekl. richtig gestellt worden,

Digitized by Google

mit dem im Testament erwähnten Anschlagscontract identisch sei. Bekl. habe die Bezeichnung des Geschäfts erst aus dem Testament erfahren, und wenn er sich zu Protokoll nicht deutlich ausgedrückt habe, so dürfe ihm das als einem unerfahrenen Landmann nicht so übel genommen werden. Indessen — bemerkt der O.A.Gsreferent — verwechsele oder cumulire der Ref. v. J. hier zwei von einander ganz verschiedene Begriffe, nämlich das Remedium und Beneficium rest., und wenn in der Relation gezeigt werden solle, daß der Bekl. im ersten Verfahren das in dem Testament bezeichnete Geschäft im Sinne gehabt habe, so könne es darauf nicht, sondern nur darauf ankommen, welches Geschäft durch die Litis Contestation und die darauf erfolgte Gegenerklärung als zwischen beiden Theilen zu Stand gekommen, angenommen werden müsse. Nun sei aber das Factum, wie solches im Rest.G. präcisirt werde, ein ganz anderes, als dasjenige, welches in dem ersten Verfahren vorgebracht und resp. dem Interlocut zu Grunde gelegt worden sei. Nach dem Rest.G. habe F. Sch. von den Eltern gekauft oder in kindlichen Anschlag bekommen und solle auf den Grund jenes Anschlags an die Tochter M. herausbezahlen, nach den dem Interlocut vorausgegangenen Verhandlungen aber sei das Geschäft kein Anschlagscontract, sondern ein reines Kaufgeschäft, unmittelbar abgeschlossen zwischen den streitenden Parthieen, und die vom Ref. behauptete Identität scheitere an dem klaren Wortlaut des Landgerichtsprotokolls. Auf die Eigenschaft des Bekl. als Landmann könne schon deßhalb Nichts ankommen, weil auch dessen rechtsverständiger Anwalt in der App.rechtfertigung sage, der Kauf sei unmittelbar zwischen den Parthieen abgeschlossen worden. Unter diesen Umständen erscheine das auf noviter reperta gegründete R. G. aus dem einfachen Grunde unzulässig, weil es dem Proceß einen ganz andern Sachverhalt zu Grunde lege, als derjenige sei, welchen der Bekl. selbst in seiner Einlassung auf die Klage als den richtigen eingeräumt habe, und weil die auf das novum repertum gestützte exceptio defiicientis leg. ad causam gar nicht passe. Hierbei dürfe denn auch nicht übersehen werden, daß der Bekl. nicht etwa seine Unwissenheit über die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen erklärt, sondern das Factum, wie es sich zugetragen, ganz dem §. 37 des J. R. A. gemäß angegeben habe. Das neue Vorbringen, worauf die exceptio def. l. ad c. gestützt werde, passe nun aber nicht zu jener L. C. des Bekl., denn es leuchte ein, daß die Verfügung des Testaments, wonach dem Kläger resp. seiner Ehefrau, die Disposition über eine, aus einem Gutsanschlag zu beziehende Summe entzogen werden solle, keinen Einfluß haben könne auf den zwischen den Parthieen abgeschlossenen Kaufcontract. Habe also jenes dem Testament entnommene novum resp. die Einrede der fehlenden Activlegitimation auf die Sache von Einfluß werden sollen, so habe die Litiscontestation vorerst vermittelst des Beneficii rest. aus dem Wege geräumt werden müssen, was zu bewirken in dem Rest.gesuche nirgends

Digitized by Google

versucht worden sei. Wäre es aber auch versucht worden, so habe dieser Versuch nicht auf Rusticität oder auf einen Irrthum gegründet w. können. Denn es handle sich um eigne facta, welche auch der Landmann richtig angeben könne und müsse, und die erst in der Gegenerklärung nachgebrachte Behauptung, daß Bekl. früher geglaubt habe, die Klage gründe sich auf einen Verkauf, er habe aber aus dem Testament ein andres entnommen, sei verspätet, jedenfalls aber auch zur Begründung des benef. r. unzureichend. E. v. 17. März 1855.

23.

Restitution einer Gemeinde gegen Ablauf des Appellationsfatales und gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gestützt auf das Auffinden bekannt gewesener Urkunden.

Gemeinde Engelrod, Jantin ca. Kirchenkasten das. Schulbau- u. Reparaturkosten betr. 1827.

Normirung des Restitutionseides im Falle, wo an sich bekannte Urkunden aufgefunden werden. Collision zwischen privilegirten Personen.

Die Gemeinde E. hatte ihren Beweis durch Berufung auf Kirchenkastenrechnungen angetreten und gebeten, den Kirchenkastenvorstand zur Edition anzuhalten. Sie wurde aber durch Bescheid vom 11. Febr. 1824 mit dem Editionsgesuch abgewiesen und der Urkundenbeweis mithin verworfen. Nachmals fanden sich die Duplikate der Rechnungen bei dem Nachlaß des Lehrers Pf. und suchte die Gemeinde diese Duplikate nunmehr noch einzubringen. Das Hofgericht wies ihr auf die Rechte der Minderjährigen gestütztes Rest.gesuch ab, weil auch der Kirchenkasten jura minorum habe und de damno vitando certire, und legte der Gemeinde im Allgemeinen den gesetzlichen Rest.Eid auf. Später wurde durch Urtheil v. 21. März 1825 erkannt: daß, da die Gem. schon früherhin den ihr obliegenden Beweis mit den Kirchenrechnungen habe führen wollen und also von deren Existenz gewußt habe, der Eid nur dahin normirt w. könne: „daß sie die . . . KirchenRR., aller angewandten Mühe und Fleißes ohnerachtet, im Laufe der Beweisfrist nicht habe herbeischaffen können." Dieß Urtheil wurde rechtskräftig. Der im Schwurtermine erschienene Gemeinderath erklärte aber, daß er den Eid in der fragl. Form nicht ableisten könne, denn er selbst habe keine Mühe zur Herbeischaffung aufgewendet, sondern nur sein Anwalt, nur in diesem Sinn könne er schwören. Da der Eid nicht geleistet wurde, so wurde die Gem. mit ihrem RG. am 6. Juli 1825 abgewiesen. Nunmehr kam die Gem. um Rest. gegen den Ablauf der Fatalien bezüglich des Urtheils vom 21. März 1825 ein, um dagegen noch appelliren zu können, und bat zugleich um Rest. gegen das Urtheil vom 6. Juli

Digitized by Google

1825. Sie erlangte bei dem O.A.G. reformatorisches Erkenntniß d. d. 5. April 1827 dahin: daß die aantische Gemeinde gegen die Rechtskraft des Hofgsurtheils vom 21. März 1825 in integrum zu restituiren sei, und, unter Aufhebung des weiter erfolgten Erkenntnisses vom 6. Juli 1825, der von derselben auszuschwörende Rest.eid bei dem besonderen Verhältniß der Sache dahin zu normiren sei: „daß die Gemeinde von dem Vorhandensein der am 20. März 1824 nachträglich producirten Duplikate der Kirchenrechnungen an dem Orte ihrer Auffindung vor Ablauf der gestandenen Beweisfrist keine Wissenschaft gehabt habe." Bezüglich dieser Aenderung des Rest.eides hatte der Ref. wesentlich Folgendes hervorgehoben: Die hofgerichtl. Normirung des R.Eides sei den von dem Anwalt der Gemeinde vorgetragenen Umständen nicht angemessen. Wenn man diese nach dem gesetzl. R.Eide prüfen wolle, so komme es vorerst darauf an, ob die Gemeinde vor dem Urtheil vom 11. Febr. 1824 von dem neuen Einbringen d. h. von den nachträglich producirten Duplikaten der Rechnungen oder vielmehr von dem Vorhandensein dieser Duplikate am Ort ihrer Auffindung Nichts gewußt habe. Die Originalrechnungen habe die Gemeinde seiner Zeit nicht herbeischaffen können. Die der Gemeinde durch Zufall in die Hände geführten Duplikate seien ein neuaufgefundnes Beweismittel, welches ein Rest.gesuch zu begründen vermöge und bezüglich dessen das Hofg. die zweite Alternative des Rest.eides schon deßhalb nicht hätte wählen sollen, weil der Anwalt der Gemeinde bereits auf die im Allgemeinen erfolgte Auferlegung des R.Eides erklärt gehabt, daß die Gemeinde sich seither nicht um den Rechtsstreit gekümmert habe. Der R.Eid habe den Zweck, dem Richter die Gewißheit zu verschaffen, 1) daß nicht der Producent wissentlich und aus Gefährde seine Beweismittel bis nach Ablauf der Beweisfrist zurückgehalten habe, oder 2) daß er nicht nachlässig im zeitigen Aufsuchen derselben gewesen sei. Der eidlichen Betheuerung des ersten Punktes könne der Umstand nicht entgegenstehen, daß Jant früher um die Existenz seiner Beweismittel außerhalb der Gränzen seines Beweises gewußt habe, indem daraus durchaus keine Schuld in verspäteter Beibringung seiner Beweismittel hervorgehe. —

Die Gemeinde hatte auch um Rest. gegen die Rechtskraft des Erkenntnisses vom 15. Oct. 1824 gebeten, um auch hiergegen Appellation zu verfolgen. Bei Begutachtung dieses Verlangens behandelte der Ref. des O.A.Gs auch die bereits vom Hofgericht ventilirte Frage, inwiefern eine Collision zwischen den die jura minorum gleichmäßig genießenden Parthieen vorliege, und welchen Einfluß diese haben könne. Er nahm eine Collision an, hielt aber die Restitution der Gemeinde deßhalb nicht für unzulässig, weil letztere de damno vitando certire. Zur Darlegung des letzteren Satzes erörterte er das materielle Streitverhältniß, wonach die Gemeinde einen Schaden vermeiden wolle. —

Digitized by Google

24.

v. Gürtler zu Dillenburg, Kl. ca. v. Breidenbach zu Breidenstein, den halben Zehnten zu Ammenhausen betr 1814. 1816.

Restitutionsgesuche gegen den Ablauf der Appellationsfatalien, gestützt:

I. auf Minderjährigkeit der durch den Vater bezüglich des peculium adventitium vertretenen Kinder.

Fatalienversäumung ist an sich schon Läsion. Minderjährige werden restituirt ohne den Vater oder Vormund ausgeklagt zu haben und kann der Vater oder Vormund selbst die R. nachsuchen. Minderjährigkeit ist nöthigenfalls zu erweisen. Collision der Rechte Privilegirter. Bedeutung der Subsidiarität der Restitution. Restitution Minderjähriger kommt den Volljährigen nur zu gut, wenn das Object untheilbar ist.

II. auf Verschulden des öffentlichen Anwalts.

Vollstreckenlassen des Urtheils involvirt unter Umständen Verzicht auf Restitution.

III. auf den Umstand, daß der Vater für den volljährigen Sohn prozessirt und es sich um ein peculium adventitium handelt.

Der Anwalt des Obristen v. B. zu B. hatte die Appellationsanzeige- und Einführungsfrist ungenutzt verstreichen lassen. Das desfallsige Rest.-gesuch war darauf gegründet: 1) daß der Streitgegenstand peculium adventitium der Kinder des Obristen v. B. sei, unter diesen sich aber mehrere Minderjährige befänden; 2) daß die Versäumniß einzig die Folge der Nachlässigkeit des früheren Anwalts gewesen sei. Durch Urtheil des O.A.Gs vom 5. Dec. 1814 wurde das Gesuch in der ersten Richtung unter Voraussetzung des Nachweises der Minderjährigkeit gewährt, in zweiter Richtung aber zurückgewiesen. Zu 1 sei aus dem Vortrage des Ref., dessen Antrag insoweit gebilligt wurde, hervorgehoben: In der Fatalienversäumung sei an sich eine genügende Läsion zu erkennen, da sie den Verlust der Berufung mit sich führe. Was die causa rest. betreffe, so leide das Privileg der Minderjährigen auf derartige Läsionen unzweifelhaft Anwendung und sie könnten Rest. nachsuchen auch ohne ihren Vater resp. Anwalt vorher ausgeklagt zu haben, auch könne der Vater oder Vormund selbst diese Rest. erbitten. Jedoch müsse die Minderjährigkeit zur Zeit der Läsion nöthigenfalls erwiesen werden. Der Einwand, daß, da auf der imploratischen Seite der Lehnsfiskus interessirt sei, diesem gegenüber, weil auch er privilegirt sei, die Rest. nicht erlangt w. könne, sei unbegründet; denn wenn auch dem Fiskus jura minorum nach der Praxis zustünden und

Digitized by Google

derselbe interessirt sei, so sei er doch nicht als Parthie aufgetreten; sodann stehe aber der Fiskus in Collisionsfällen den Minderjährigen nach, l. 1. 2. C. si adv. fiscum, Thibaut Pand. Syst. Thl. II §. 1011; und selbst wenn die Privilegien von gleicher Kraft wären, so könne doch die Rest. um deswillen keinen Anstand finden, da die Regel: Privilegiatus ꝛc. die bekannte Ausnahme leide, nisi unus de lucro capitando, alter de damno vitando certire, im vorl. Falle aber die Minderjährigen es offenbar allein seien, die sich gegen Nachtheil, den Verlust des benef. appellationis, zu wahren suchten. Ebenso ungegründet sei der auf die Subsidiarität der Rest. gestützte Einwand, resp. die Behauptung, Jant müsse zuvor die Verkäufer in Anspruch nehmen, denn die Regreßklage sei kein geeignetes Mittel, das zu bewirken, was durch die Rest. bewirkt werden solle, nämlich Wiederherstellung der App.befugniß; die Regel, daß ein remedium ordinarium die Rest. ausschließe, bedürfe einer näheren Bestimmung, es sei erfordert: aliud aeque commodum remedium contra eundem competens, Lauterbach C. T. P. T. I. L. 4. T. 4. §. 36, im vorl. Falle solle die Regreßklage gegen Dritte angestellt werden, und wenn man auch Gleichheit des Zweckes unterstellen wolle, so führe doch die Rest. weit schneller und sicherer zum Ziele. — Wenn hiernach die Rest. zu ertheilen sei, so frage es sich, ob die Ertheilung auch den volljährigen Kindern zu Gut komme. Es gelte die Regel, daß wenn die Majorennen mit den Minorennen ein untheilbares Interesse hätten, ersteren die Rest. mit zu statten komme. Es komme darauf an, ob eine causa dividua oder individua vorliege, l. 10 pr. D. quemadm. serv. ammitt., d. h. ob das Object untheilbar sei. Im vorl. Falle handle es sich nun aber um eine theilbare Sache und komme die Rest. also den Volljährigen nicht zu gut. — Zu 2 hielt der Referent die Rest. im Allgemeinen für zulässig, der Corref. aber bemerkte: Obrist v. B. hätte gleich, nachdem ihm die Nachlässigkeit seines Anwalts bekannt geworden, auf W. E. antragen und nicht 2 Jahre warten sollen; er habe das gegen ihn ergangene Urtheil ruhig zum Vollzug bringen lassen und hierdurch für seine Person sogar auf das benef. rest. stillschweigend Verzicht geleistet.

Nachdem bezüglich dreier Kinder die Minderjährigkeit nachgewiesen war, kam nun auch der volljährige Sohn noch um Rest. ein, indem angeführt wurde, nicht er selbst, sondern sein Vater habe den fragl. Prozeß geführt, ihm selbst sei nichts Näheres bekannt gewesen, auch habe er seinem Vater nicht vorgreifen können. Diese Rest. wurde im Febr. 1816 gewährt, indem der Ref. hervorhob, daß es sich hier um ein peculium adventitium drehe, hinsichtlich dessen der Vater Nießbrauch und Verwaltung, auch Prozeßführungsbefugniß gehabt. Wenn dieser Fehler und Versehen begangen habe, so erfordere es die Billigkeit, auf welcher die rest. majorum ex gen. clausula beruhe, daß dem schon großjährigen Sohn dagegen die Rest. zu Statten komme. Werde doch Jedem, der durch Verschulden eines

Digitized by Google

Anwalts oder Sachwalters in Schaden gerathe, mit der Rest. geholfen, um wie viel mehr müsse also dem Sohne die R. W. zu gut kommen, wenn der Vater in einem die Substanz des peculii adv. betr. Prozesse sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lasse, welche unmittelbar den Verlust des Prozesses zur Folge habe. Ohnehin sei der älteste Sohn Soldat und als solcher nicht in der Lage gewesen, zu beurtheilen, ob sein Vater den Prozeß zweckmäßig führe.

25.

Restitution Minderjähriger gegen sententiae iniquae findet nicht statt.

v. Breidenstein ca. Gemeinde Schlierbach peto. deb. 1890.

In dieser Sache hat das Ober-Appellations-Gericht angenommen: Wenn auch Minderjährige in Absicht auf Restitution gegen Läsionen in ihren Rechtsgeschäften resp. wegen vernachlässigter Wahrung ihrer Rechtszuständigkeiten gesetzlich sehr begünstigt sind, so ist doch diese Begünstigung nicht so ausgedehnt, daß sie darum allein schon, weil ein rechtskräftig gewordenes richterliches Erkenntniß contra jus in thesi anstößt, also ein male judicatum enthält, Rest. gegen dieses Erk., auf ihre Minderjährigkeit gestützt, ansprechen könnten, indem ihnen zum Zweck der Beseitigung von Rechtsverletzungen, welche aus einer Entscheidung contra jus in thesi für sie hervorgehen können, die ordentlichen Rechtsmittel zu Gebote stehen, und da, wo diese erschöpft sind, das ergangene richterliche Erkenntniß die volle Rechtskraft, auch gegen minores beschreitet. Es wird vielmehr, damit der Minderjährige die ihm als solchem zukommenden Rechtswohlthaten in Anspruch nehmen kann, vorausgesetzt, daß irgend eine Vernachlässigung in Wahrung seiner Rechtszuständigkeiten seinem Vertreter zur Last falle, und daß er in Folge dieser Vernachlässigung eine Läsion erlitten habe. — Vgl. auch Rel. O.A.Gs in S. Apotheker Bauer zu Großgerau, Namens seiner Kinder ca. die Wittwe des Ludwig Kempf das., Nichtigkeit eines Testaments btr. 1846.

26.

Restitutionsgesuche zur Beseitigung eines condemnatorischen Urtheils und des die Restitution abschlagenden Erkenntnisses.

Gemeinde Lanzenhain, Kl. ca. v. Riedesel zu Lauterbach. 1884.

Restitution mit Revision gehäuft. Gegen ein die Restitution abschlagendes Erkenntniß sind im Allgemeinen nur ordentliche Rechts-

Digitized by Google

mittel zulässig und die Wiederholung des Restitutionsverlangens gegen das ursprüngliche Erkenntniß ist nur unter der Voraussetzung statthaft, daß das erneuerte Gesuch rechtlich ein anderes ist (novae defensiones darin sind). Minderjährige werden wegen iniquitas einer Sentenz nicht restituirt, auch sie können folgeweise eine die Restitution abschlagende Verfügung nur mit ordentlichen Rechtsmitteln anfechten.

Gegen das die Bekl. im Besitz schützende Hofgserk. vom 10. Nov. 1819 legte der Anwalt der Gemeinde das Rechtsmittel der Revision und Restitution ein und suchte diese Rechtsmittel zu rechtfertigen. Es erging aber am 28. Febr. 1821 Urtheil, welches das frühere Urtheil lediglich bestätigte. Nunmehr verfolgte er wiederholt R., indem er sich, wie in dem früheren Rest.gesuch, auf die den Minderjährigen zustehenden Privilegien bezog und nur noch hervorhob, daß Minderjährige gegen jeden durch ein Urtheil zugefügten Nachtheil restituirt werden müßten. Das Hofg. wies aber das Gesuch ab, weil die Gemeinde die Rest. aus demselben Grunde wie früher geltend mache, dieses aber unzulässig sei, indem gegen ein die Rest. abweisendes Erkenntniß nur dann weitere Rest. gestattet werde, wenn dieselbe auf einem neuen, noch nicht vorgebrachten Grunde beruhe, Tit. Cod. 2. 44. Auf hiergegen an das O.A.G. verfolgte Beschwerde schlug dieses die Processe durch Erk. vom 30. Nov. 1834 ab. Die Gründe des Ref. waren in nuce folgende:

Ein Rest.gesuch dürfe ex eadem causa nicht wiederholt werden. Gegen das die Rest. abweisende Erkenntniß habe in der Weise, wie geschehen, Rest. nicht verfolgt werden können, die Gemeinde habe sich in dem zweiten Rest.libell bloß auf die Rechte der Minderjährigen mit der Bemerkung bezogen, daß es hier auf nova nicht ankomme, sondern die Rest. auch auf eine bloße juristische Deduction der Rechtsverletzung verfügt werden müsse. Diese letztere suche der Anwalt in seiner Schrift zu liefern. Eine solche Wiederholung sei aber rechtlich nicht zulässig, weil nach c. 3. C. cit. „novae defensiones“ erfordert seien. Wolle man ohne solche Rest. zulassen, so hätten die Minderjährigen die Möglichkeit, die Prozesse zu verewigen, indem es nicht leicht an Stoff und Veranlassung fehlen werde, die früheren Verhandlungen unter einem anderen Gesichtspunkt zusammenzustellen und in solcher Art die Form einer neuen Deduction zu gewinnen. — Der Correferent hob hervor, daß dieß zweite Rest.gesuch in Wahrheit nur gegen das Erk. v. 21. Febr. 1821 gerichtet sei, daß aber gegen ein Erk., welches die Rest. abschlage, im Allgemeinen nicht Rest., sondern nur ordentliche Rechtsmittel verfolgt werden könnten, weil die Rest. sich dadurch von andern Rechtsmitteln unterscheide, „daß sie den Richter einer nach der vorigen Actenlage begangenen Ungerechtigkeit nicht beschuldige, vielmehr

Digitized by Google

diese auf sich beruhen lasse, und nur die Richtung habe, daß bei den vorigen Verhandlungen die eigentlich entscheidenden Merkmale des Factums oder der Beweise nicht vorgelegt worden seien." Danz ord. Proz. §. 447. Auch Minderjährige seien ob iniquitatem sententiae nicht zu restituiren, vielmehr müsse nachgewiesen werden, daß sie in dem Prozeß etwas versäumt, oder etwas Nachtheiliges unternommen hätten.

27.

Restitution der Minderjährigen resp. der denselben Gleichgestellten wegen materieller Fehlsicht des öffentlichen Anwalts wird nicht ertheilt.

Kirche Geinsheim ca. Fürst v. Isenburg-Birstein, 1857.

Unterm 29. Mai 1857 hat das O.A.G. ausgesprochen: In Erw., daß der Anwalt der Klägerin (Kirche) nicht aus Nachlässigkeit oder Versehen, sondern in der Beurtheilung, daß die btr. Beweisauflage keine Beschwerde für die Klägerin enthalte, daß diese im Stande sei, den fraglichen Beweis zu erbringen, ein Rechtsmittel gegen das Interlocut nicht ergriffen hat, es sich bezüglich dieser Unterlassung keineswegs von einer Versäumniß in formeller Hinsicht, sondern rein von der Behandlung der Sache in Bezug auf das Materielle handelt, wegen welcher die Rechtswohlthat der Rest. nicht zu ertheilen ist ꝛc., wird das von der Klägerin erhobene Rest.-gesuch abgewiesen.

28.

Restitution gegen den Ablauf einer Frist gestützt auf Versäumung der Mutter als natürlicher Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder.

Hofmann zu Sprendlingen, Kl. ca. Fürstin v. Isenburg-Birstein, Schadensliquidation betr. 1822.

Minderjährige Kinder sind gegen Versäumungen ihrer Mutter in einem für sie als natürliche Vormünderin geführten Prozesse zu restituiren.

Fürst v. J. war während der Frist zur Erklärung über Annahme ꝛc. des zugeschobenen Eides gestorben. Nach Ablauf der Frist wurde der Eid zurückgeschoben und von der Fürstin-Vormünderin um Rest. für die minderjährigen Kinder gebeten, welche letztere von der O.A.Gs-Deputation auch ertheilt wurde, weil Minderjährige gegen solche Com- oder Ommissivhandlungen ihrer Eltern die Rest. verlangen und erhalten könnten,

Digitized by Google

welche dieſe, inſonderheit die Mutter, in der Eigenſchaft als Vormünder ihrer Kinder, zum Nachtheil derſelben begangen hätten; Glück Comm. V §. 443, VI §. 461. Thibaut Pand. II. §. 1002. — Verf. v. 4. Mai 1822.

29.

Fiscus feudalis, Beil. ca. v. Pöllnitz zu Steinheim, Kl. Lehnsveräußerung betr. 1809.

Reſtitution der Minderjährigen wegen iniquitas einer Sentenz findet nicht ſtatt.

Der Fiskus hatte gegen ein vom O.A.G. in der App.inſtanz am 23. Dez. 1807 erlaſſenes Urtheil das Rechtsmittel der Reſtitution verfolgt und dieſes namentlich auch auf die Behauptung geſtützt, daß dem Fiskus jura minorum zuſtünden, ihm alſo, wie den Minderjährigen, wegen jeder durch ein Urtheil zugefügten Läſion W. E. angedeihen müſſe. Der Ref. war aber für Abweiſung des Geſuchs, indem er im Weſentlichen bemerkte: Es ſei ausgemacht, daß Minderjährige auch gegen ein richterliches Erkenntniß, wenn ſie dadurch verletzt ſeien, reſtituirt würden, l. 3. 4. 5. C. si adv. rem. jud., von welcher Art die Läſion ſein müſſe, dieß beſtimmten aber die Geſetze nicht genau. Nach l. 17. D. de min. ſcheine die Reſt. nur dann ſtattzufinden, wenn der minor durch einen von ihm ſelbſt begangenen Irrthum, oder durch einen Betrug des Gegners eine Verletzung erlitten habe. Die bloße iniquitas sententiae ſcheine dagegen kein genügender Grund der Reſt. zu ſein. Dieß letztere erhalte eine Beſtätigung durch l. 18. §. 1. D. eod. Das Rechtsmittel der Reſt. würde ſonſt auch in eine Reviſion ausarten und es würde eine neue Inſtanz über die geſetzliche Zahl entſtehen. Eine andere Anſicht ſcheine die Sache durch l. 42. D. de minor. zu erhalten. Danach würde die Reſt. denſelben Umfang und dieſelbe Wirkung wie die Appellation haben, mithin wäre auch eine bloße iniquitas sententiae hinreichend, um Anſpruch auf Reſt. zu gewähren. Nehme man indeſſen auch dieſe Anſicht an, ſo müſſe doch jedenfalls die iniquitas ganz außer Zweifel ſein und man müſſe die Reſt. verſagen, wenn ſich, wie in concreto, die beiderſeitigen Gründe ziemlich die Waage hielten. — Das O.A.G. trat durch Urtheil vom 12. Juni 1809 dem Antrag des Ref. bei, indem in den dem Urtheile beigegebenen Entſcheidungsgründen ausdrücklich hervorgehoben wurde, daß weder nach den Geſetzen, noch dem Gerichtsgebrauch ein Minderjähriger als ſolcher gegen jedes ihm nachtheilige, ſonſt rechtskräftige Erkenntniß zu reſtituiren, und die bloße Minderjährigkeit hinreichend ſei, um eine in höchſter Inſtanz entſchiedene Sache einer nochmaligen Berathung und Entſcheidung zu unterwerfen.

Digitized by Google

30.

Restitutionsgesuch des Fiskus zur Beseitigung stillschweigender Geständnisse seines Kammer-Anwalts nach ergangenem Urtheil, gestützt auf die jura minorum und den den Parthieen überhaupt gegen Geständnisse der öffentlichen Anwälte gewährten Schutz.

Fiscus cameralis, Bekl. ca. die Frau Fürstin Vormünderin zu Solms-Lich. Kl. Entschädigung wegen der Chaussee zu Niederweisel betr. 1820.

Die Klägerin hatte in ihrer bei dem Hofg. eingereichten Klage angegeben, daß sie das befragte Chausseegeld zur Erbauung einer ganz neuen Chaussee zu C. verwendet habe. Der Kammeranwalt erwiederte in Bez. auf diese Thatsache nichts und gab solche daher in Gemäßheit der VO. v. 17. März 1797 als richtig nach. Es wurde nun bei Ertheilung des Erkenntnisses v. 13. Sept. 1816 angenommen, daß der Fiskus auch diese Chaussee, wie alle übrigen, eingezogen habe, und darauf die Folgerung gestützt, daß derselbe die Rückzahlung von Geldern, welche die Frau Fürstin auf eine allgemeine Territorialanstalt verwendet habe, die nicht mehr in ihrem Besitze sei, und wovon der Nutzen nicht ihr, sondern dem Fiskus zufalle, mit Grund nicht in Anspruch nehmen könne. Dem entsprechend wurde erkannt. — Nachmals, jedoch noch während schwebender Rechtskraft, machte der Fiskus in zwei Rest.gesuchen beim O.A.G. geltend, daß die beiden Annahmen resp. Zugeständnisse: „daß die von der Standesherrschaft S. L. vom Oct. 1806 an bis Ende 1808 bezogenen Revenuen von der N. Weiseler Chaussee zu Anlegung einer neuen Chaussee verwendet worden seien", und „daß der Fiskus diese Chaussee eingezogen habe", unrichtig seien, und beanspruchte Restitution. — Der Ref. untersuchte die Frage, ob und mit welcher Wirkung der Fiskus gegen das seiner Behauptung nach ex errore geschehene Eingeständniß in Beziehung auf die neue Chausseeanlage bei C. zu restituiren sei, und bemerkte im Wesentlichen: „Es kommt hier auf die Statthaftigkeit des von dem Fiskus in Anspruch genommenen beneficii rest. an, insofern es auf das Versehen seines vor. Schriftverfassers gegründet wird. Ich will daher zuerst untersuchen, ob jenes benef. als überhaupt zulässig zu betrachten sei, sodann aber den materiellen Gehalt desselben prüfen. — Der Anwalt der Frau Fürstin behauptet, daß eine bereits entschiedene Sache unter dem Prätext eines erroris in facto nicht retractirt werden dürfe, und daß die Parthieen etwaige wirkliche Irrthümer der Advocaten nur bis zur Sentenz revociren könnten, ja daß sie im Fall ihrer Anwesenheit dieses binnen 3 Tagen thun müßten, daß andere beneficia von den Gesetzen nicht ertheilt würden, mithin das von dem Fiscal zur Hand genommene benef. rechtlich nicht existire. Ich vermag mich aber mit diesen Sätzen und der daraus

Digitized by Google

gezogenen Folgerung nicht zu vereinigen. Die Gesetzesstelle, auf deren Sinn und Anwendbarkeit die Entscheidung der obigen Frage hauptsächlich beruht, ist die l. 3. C. de errore advoc. . . . Ein weiter hier einschlägiges Gesetz ist d. c. 2 in VI. I. 21. Hiernach soll also die Kirche die Befugniß haben, gegen ein von ihr gerichtlich abgelegtes Geständniß die Rest. binnen vier Jahren, von dem Tage des Geständnisses an zu rechnen, nachzusuchen. Nach Ablauf dieses Quad. aber soll sie damit nicht gehört werden. Wenn sie sich auf dem gemeinrechtl. Wege gegen die nachtheiligen Wirkungen des Geständnisses schützen zu können glaubt, so soll ihr dieses in jedem Zeitpunkt bis zur Erledigung der Sache (durch rechtskräftige Entscheidung) freistehen. Das hier der Kirche ertheilte benef. rest. muß ohne Zweifel auch den Minderjährigen und andern Personen, welche sich gleicher Rechtsbegünstigung zu erfreuen haben, zugesprochen werden, und da heutiges Tages nach einer allgem. Praxis ein Jeder, der durch das Versehen seines Advokaten und ohne eignes Verschulden in Nachtheil gekommen ist, Ansprüche auf Restitution ex clausula generali hat und nicht verbunden ist, zuvor seinen Anwalt auszuklagen, so muß die Vorschrift des zuletzt erwähnten Gesetzes, wenn sonst nur die rechtlichen Voraussetzungen zur Rest. vorhanden sind, bei uns einer jeden Parthie zu Statten kommen. Thibaut stellt daher in seinem Pandektensystem §. 1092 in Bez. auf die Irrthümer der Advocaten folgende Regeln auf: ꝛc. Ex professo handelt Weber über die Frage in seiner Abhandlung über d. Verb. zur Beweisführung, IV Nr. 11 seq. Er sagt daselbst: ꝛc. Ziemlich derselben Ansicht ist auch Brunnemann, ad l. 3. C. de err. adv., und Leyser sp. 48. med. 6. — Es fehlt übrigens nicht an Rechtslehrern, welche in Bez. auf einzelne Punkte, namentlich in Ansehung der Wirkungen des erfolgten Widerrufs hinsichtlich der Verbindlichkeit zur Beweisführung andere Ansichten haben. Allein darin sind so ziemlich alle einverstanden, daß binnen 3 Tagen von jeder Parthie der Irrthum widerrufen werden könne, daß eine gleiche Befugniß bis zur rechtskräftigen Erledigung der Sache alsdann eintrete, wenn die Parthie den Beweis des Irrthums übernehme, und daß selbst nach erfolgtem rechtskräftigem Erkenntniß nach Befinden der Umstände noch die Restitution Platz greife. — Die von Weber für seine Meinung angeführten Gründe sind so geeignet, daß ich ihnen meinen vollen Beifall nicht versagen kann, und sie stimmen mit den oben alleg. Gesetzesstellen, nämlich der l. 3. C. de err. adv. u. c. 2. de in int. in VI. aufs Vollkommenste überein. Ich glaube daher folgende Sätze als richtig annehmen zu dürfen:

1) Wenn die Parthie binnen 3 Tagen, nachdem der Irrthum in ihrer Gegenwart vorgefallen war, oder binnen gleicher Frist, nachdem sie ihn erfuhr, im Falle er in ihrer Abwesenheit stattgefunden hatte, den Widerruf bewirkt, so wird es so angesehen, als wenn der Irrthum gar nicht existirt habe, und die

Digitized by Google

Sache wird so beurtheilt, als wenn sich von dem Advokaten gleich Anfangs der Intention der Parthie gemäß erklärt worden wäre;

2) Erfolgt der Widerruf nach dieser Frist, aber doch noch vor rechtskräftiger Erledigung der Sache, so ist derselbe zwar an sich statthaft, aber die Parthie, die den Irrthum behauptet, muß solchen beweisen;

3) Auch nach rechtskräftiger Erledigung der Sache kann die Parthie, insofern ihr hinsichtlich des Irrthums kein eigenes Verschulden zur Last liegt, binnen 4 Jahren um Restitution bitten, in welchem Falle es sich von selbst versteht, daß sie den Irrthum und die dadurch verursachte Benachtheiligung ihres Interesses als Grund der Rest. beweisen muß.

In dem gegenwärtigen Fall hat der Fiskus ausdrücklich um Rest. gebeten, und es leidet demnach, selbst wenn man von seiner Qualität als Fiskus völlig absieht, nicht den mindesten Zweifel, daß dieses beneficium juris, da das Quadr. von der Zeit an, wo ihm das irrige Geständniß seines vorigen Anwalts bekannt wurde, und selbst von dem Tage an, wo es der gedachte Anwalt ablegte, noch nicht verstrichen ist, als formell zulässig betrachtet werden muß. Der Fiskus hätte übrigens nach den obigen Grundsätzen, da in dieser Sache noch keine rechtskräftige Entscheidung vorliegt, selbst n a c h Ablauf des Quad. das behauptete irrige Eingeständniß widerrufen können ꝛc. — Hierauf schreitet Ref. zur Prüfung der Restitutionscausalien, er betrachtet die zwei Rest.gesuche und bemerkt dann weiter: Ich glaube oben gezeigt zu haben, daß das Rest.gesuch als an sich zulässig betrachtet w. muß, und da der als in facto richtig angenommene Umstand, daß die Frau Fürstin ꝛc. die fragl. Chausseegelder zu Erbauung einer neuen, nicht mehr in ihrem Besitz befindlichen, sondern auf den Gr. Fiskus übergangenen Chaussee verwendet habe, das ergangene, rein absolutorische Erkenntniß vom 13. Sept. 1816 wirklich motivirt hat, so fragt es sich bloß, wem hier die Verbindlichkeit zur Beweisführung obliegt, ob der Fiskus das Gegentheil jener Thatsache, oder ob die Frau Fürstin jetzt noch darthun muß, daß ihre desfallsige Angabe gegründet ist. Ich glaube das erstere annehmen zu müssen, weil ein Jeder, der um Restitution bittet, als Grund derselben eine ohne sein Verschulden erlittene Läsion nachzuweisen hat. In dem gegenwärtigen Falle liegt aber die Läsion ganz allein in dem behaupteten Irrthum, denn ist die Thatsache, daß die fragl. Chausseegelder zu Anlage einer neuen, gegenwärtig in dem Besitz des Fiskus befindlichen Chaussee verwendet worden, gegründet, mithin das desfallsige Eingeständniß nicht ex errore geschehen, so erscheint das Erkenntniß vom 13. Sept. 1817 vollkommen rechtlich und fügt eben deßwegen dem Fiskus keine Beschwerde oder Läsion zu. Hätte übrigens Letzterer sich des benef. rest. nicht bedient, sondern bloß von seinem Rechte Gebrauch gemacht, den Irrthum seines Advokaten vor rechtskräftiger Erledigung der Sache zu revociren, so würde ihn gleichwohl nach den oben entwickelten Grundsätzen, weil er den Widerruf nicht binnen 3 Tagen

Digitized by Google

bewirkte, die Verbindlichkeit zur Beweisführung obliegen. Es wird demnach dem Fiskus aufzugeben sein, salva reprobatione, zu erweisen, daß entweder die fragl. Chausseegelder zur Erbauung einer neuen Chaussee nicht verwendet worden seien, oder daß er die Chaussee nicht eingezogen habe, sondern sich solche noch im Besitz der Standesherrschaft befinde.

Am 3. Febr. 1820 conformirte sich das O.A.A. mit dem Antrag. — In dem Erkenntniß hieß es bei der Beweisauflage namentlich „salva reprobatione" und nachmals fand förmliches Beweisverfahren (nicht „Bescheinigung") statt.

31.

Lyncker zu Schiffenberg bei Gießen ca. Kochs Erben zu Gießen. 1860.

Unrichtige factische Angaben der öffentlichen Anwälte.

Sofortige Berichtigung. Widerruf. Restitution.

In der bei dem O.A.G. erstatteten Relation heißt es: Bei dem Widerruf irriger factischer Angaben der Advokaten muß unterschieden werden:

1) ob der Widerruf vor rechtskräftiger Entscheidung der Sache erfolgt ist. Alsdann hat die Parthie, welche die irrigen Angaben ihres Advokaten zurückgenommen hat, vor Ablauf von drei Tagen von der Zeit des mündlichen Vortrags oder der übergebenen Schrift, wenn sie jenem beiwohnte oder diese unterschrieb, oder vor Ablauf von drei Tagen von der Zeit, wo sie Kenntniß von dem in ihrer Abwesenheit gehaltenen oder dem nicht von ihr unterschriebenen Vortrage erhielt, ein Recht darauf, daß die Sache so behandelt und beurtheilt werde, als ob gleich Anfangs eine der Intention der Parthie entsprechende Erklärung von ihrem Advokaten abgegeben worden wäre o. 3. C. 2. 10. Ein Gleiches tritt, wenn der Widerruf nach Ablauf der fraglichen drei Tage erfolgt ist, nur dann ein, wenn die widerrufende Parthie den von ihr behaupteten Irrthum und dessen Entschuldbarkeit darthut, c. 7. C. 1. 18. in Verb. m. fr. 11. §. 10 — 12. D. 11. 1; cap. 3. X. 2. 18. if.; cap. 2 in VI. 1. 21. — Ist aber
2) der Widerruf erst nach rechtskräftiger Beendigung der Sache (causa decisa — negotio finito) erfolgt, so wird zur Aufhebung des aus jenem factischen Irrthum des Advokaten für die Parthie entstandenen Nachtheils eine in integr. rest. nöthig, welche nur nach den gewöhnlichen, darüber geltenden Grundsätzen zu ertheilen ist. Dies ist bereits mehrfach in unserer Rechtsprechung anerkannt. Es kann nach der hess. O.A.Ges.O. vom 12. April 1777 Tit. VII §. 2 wegen

Digitized by Google

erheblicher Thatsachen, welche in den früheren Verhandlungen noch nicht vorgebracht worden und so angethan sind, daß das Urtheil, wenn das Gericht vorher davon Wissenschaft gehabt, anders hätte ausfallen müssen, eine in i. r. contra rem judicatam stattfinden. Auch dürfte wohl mit Rücksicht hierauf und auf das dubium cameralo vom 19. Mai 1786, welches in der deutschen Praxis Anerkennung gefunden hat, Bayer S. 343 ꝛc., — wie auch durch die Rechtsprechung des Kurf. O.A.Gs. zu Kassel, dessen Gerichtsordnung von 1746 mit unserer O.A.G.O. übereinstimmt, anerkannt ist, — die Rest. einer Parthie nicht wohl zu versagen sein, welche sich darauf stützt, daß ohne ihr eignes Verschulden ihr öffentlicher Anwalt ohne ihre erforderliche, oder gegen ihre ihm ertheilte Instruction zu ihrem Nachtheile irrige Erklärungen im gerichtlichen Verfahren abgeben, und daß sie ohne ihre Schuld so spät von diesen Erklärungen Kenntniß erhalten habe, daß sie solche nicht mehr selbst abzuändern resp. zu berichtigen im Stande gewesen sei, während, wenn diese Abänderung resp. Beseitigung rechtzeitig erfolgt wäre, die betr. Entscheidung anders, als geschehen, hätte ausfallen müssen. Bickell Beitr. z. Civilpr. Abh. 1. S. 11, 159 — 161 vgl. m. S. 166.

Erk. v. 19. Sept. 1860.

32.

Ulmer v. Heppenheim, Kl. ca. Rodenheber das., Bekl., Fordr. betr. 1858.

Beseitigung eines stillschweigenden Zugeständnisses des öffentlichen Anwalts, gestützt auf die Behauptung, daß die Parthie erst innerhalb der letzten drei Tage Kenntniß von dem Zugeständniß erhalten habe.

Analoge Anwendbarkeit der c. 3. C. 2. 10 auf bevollmächtigte Sachführer. Das dreitägige Berichtigungsrecht greift Platz ohne Rücksicht, ob ein eigentlicher Irrthum des Anwalts, oder ein Verfahren desselben das Zugeständniß veranlaßt hat. Beweis der Einhaltung des Triduums.

Kläger hatte außer dem Hauptklagegrund auch Anerkenntniß und Zahlungsversprechen ponirt. Des Beklagten Anwalt übersah dieß und ließ den letzteren Klaggrund unbeantwortet. Erst in der Schlußerklärung, nachdem Gegner sich auf das stillschweigende Geständniß berufen, widerrief der Anwalt Namens des Bekl. das Geständniß und bat eventuell um Restitution. Das Landg. verurtheilte den Bekl. pro petito. Auf hiergegen erhobene Appellation machten sich bei dem Hofg. in D. verschiedene

Digitized by Google

Ansichten geltend. Der Referent war für Abschlag der Prozesse aus folgenden Gründen: Wolle man auch c. 3. C. nicht allein auf bestimmte positive irrthümliche Angaben, sondern auch auf fingirte Zugeständnisse anwenden, so müsse doch die Angabe resp. das Geständniß aus Irrthum erfolgt sein, was hier nicht behauptet worden sei, im Gegentheil sei bemerkt, es beruhe die Unterlassung der Beantwortung nur auf einem Versehen des Anwalts. Bei den Fällen unterlassener Erklärung und deßhalb fingirten Geständnisses seien wohl zu trennen die Fälle, in welchen der Anwalt sich nicht erkläret, um ein Zugeständniß zu machen, und diejenigen, in welchen die Erklärung aus Versehen unterlassen werde. Nur in den ersten Fällen könne bei vorliegendem Irrthum von dem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht werden, bei den letzteren liege eine Fristversäumung, ein Versehen in formalibus vor, gegen welches förmlich Rest. nachgesucht werden müsse; Bekl. habe zwar eventuell um Rest. gebeten, allein der eventuell subst. neue Anwalt sei nicht gehörig legitimirt. — Der Correferent dagegen war für Reformatoria. Die Parthie könne nach c. 3. cit. jedes von ihrem Anwalt gegen oder ohne Instruction abgelegte Geständniß widerrufen, möge dasselbe in einem Irrthum, einer Verschuldung, oder in einem dolus des Anwalts seinen Grund haben. Der binnen drei Tagen erfolgte Widerruf begründe die Vermuthung — bis zum Beweise des Gegentheils —, daß der Anwalt ohne oder gegen Instruction ein Geständniß abgelegt habe. Werde der Gegenbeweis geführt, daß der Anwalt das Geständniß instructionsmäßig abgelegt habe, dann helfe der Parthie der dreitägige Widerruf Nichts, diese könne dann jenes Geständniß nur unter den Voraussetzungen angreifen, unter welchen ihr die Anfechtung eines eignen Geständnisses gestattet sei. Arch. f. pr. R. W. I Nr. VII S. 129. Ein Grund zu einer Unterscheidung in der Art, daß die Parthie ein angeblich falsches, nicht instructionsgemäßes Geständniß nur dann binnen 3 Tagen widerrufen könne, wenn sich auf einen Irrthum des Anwalts berufen werde, sei nicht vorhanden. Für die Parthie sei es ganz gleichgültig, ob ihr Anwalt aus Nachlässigkeit oder Irrthum ihr Interesse verletzt habe, sie habe das eine so wenig, wie das andere, verschuldet. Allerdings spreche die c. 3. cit. nur von dem Irrthum des Advokaten, allein dies sei begreiflich, da die Römer nur das ausdrückliche Geständniß gekannt hätten. Damit sei nicht gesagt, daß der Irrthum des Adv. in einem Falle der Art das allein Entscheidende sei und habe sein sollen. — Erst nach Ablauf der 3 Tage würden die sonst in den Gesetzen der verletzten Parthie gewährten Rechtsmittel praktisch. Die Parthie müsse nunmehr die Gründe, auf welche eine Anfechtung des Geständnisses gestattet sei, näher geltend machen und nachweisen. Komme das falsche Geständniß auf ihre Rechnung, so könne sie dasselbe nur unter den Voraussetzungen anfechten, unter denen sie ein von ihr selbst abgelegtes Geständniß zu widerrufen berechtigt sei. Liege ein verzeihlicher Irrthum des

Digitized by Google

Anwalts zu Grunde, so könne er unter den gesetzlichen Voraussetzungen selbst R. nachsuchen. Habe sich der Anwalt eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, so könne nach Ablauf der 3 Tage die Parthie nur auf dem Restitutionswege durch einen andern Anwalt zum Ziele gelangen. — Nach diesen Grundsätzen habe im concreten Fall der Bekl. das Geständniß seines Anwalts binnen 3 Tagen widerrufen können. Dieser Widerruf habe auch durch den früheren Anwalt selbst geschehen können, es habe keiner besonderen Vollmachtsertheilung bedurft, er habe nur erklären müssen, daß Beklagter selbst widerrufe. Uebrigens müsse Bekl. beweisen, daß er innerhalb des Triduum widerrufen habe, was als genügend behauptet erscheine. — Das Colleg trat den Ausführungen des Corref. bei, indem es am 11. Jan. 1858 Reformatoria dahin beschloß: daß Bekl. mit seinem Widerruf des Eingeständnisses des in der Klage behaupteten Anerkenntnisses und Zahlungsversprechens annoch zuzulassen und demnächst von Grm Landg. L. bezüglich der Vorklage weiter rechtlich zu verfügen sei, insofern Bekl. binnen . . . Frist, directen Gegenbeweis dem Kläger vorbehalten, erweisen werde: „daß zur Zeit des Widerrufs des fragl. Geständnisses nicht mehr als 3 Tage verflossen gewesen, seitdem der Bekl. von dem fraglichen Irrthum Kenntniß erhalten."

Ueber die Frage, ob das eventuelle Rest.gesuch begründet sei, wurde Entscheidung nicht gefaßt, jedoch war man der Ansicht, daß dasselbe durch die vorstehende Entscheidung nicht aberkannt werde, und es dem Bekl. überlassen bleibe, von solchem, w. e. d. a. g., demnächst beim Landg. Gebrauch zu machen.

33.

Partielle Versäumung negativer Litiscontestation durch den öffentlichen Anwalt im Glauben, genereller Widerspruch genüge, und dadurch veranlaßtes nachtheiliges Urtheil.

In S. Hofferberth u. Eckert v. Rimbach, ca. Fürsten v. Löwenstein u. Grafen v. Erbach-Schönberg, widerrechtliche Eigenthumsbeeinträchtigung betr. 1846. 1849.

Eignet sich diese Art der Läsion zu einem Widerruf ohne förmliche Restitution? Die Möglichkeit des Widerrufs in der Appellationsinstanz steht unter den Grundsätzen des beneficium novorum. Die Restitution zum Zweck des Widerrufs eines Geständnisses gehört im Allgemeinen in die erste Instanz, auch wenn die sententia a qua nicht durch das Geständniß motivirt ist, aber motivirt hätte sein sollen. Formelle Requisite eines auf die Rücknahme eines solchen Geständnisses gerichteten Restitutionsgesuchs. Läsion.

Digitized by Google

Prüfung der causa restitutionis — Rechtsirrthum und materielle Fehlsicht des öffentlichen Anwalts.

Der Anwalt der Imploraten hatte die Behauptung der Imploration, „es sei das Zuwerfen der Gräben des ausdrücklichen Widerspruchs und Verbots der klägerischen Forstverwaltung ungeachtet geschehen", im Glauben, der der Erklärung angehängte generelle Widerspruch sei genügend, um auch diese Behauptung als verabredet erscheinen zu lassen, nicht speciell negirt, und war darauf Erkenntniß erfolgt, welches einen auf jene Behauptung bezüglichen Beweis nicht enthielt. Die Imploraten appellirten an das Hofg. in D., indem sie primär geltend machten, jene Behauptung dürfe nicht als zugestanden angesehen werden, sei also zum Beweis auszusetzen, eventuell aber um Restitution wegen des stillschweigenden Zugeständnisses des Anwalts baten. Das Hofg., davon ausgehend, daß der generelle Widerspruch nach der HauptjustizVO. nicht erheblich sei, schlug aber die primäre Beschwerde ab und wies die Imploraten mit dem eventuellen Rest.gesuch an die erste Instanz. Die Imploraten suchten nun um Abhilfe in höchster Instanz nach, indem sie 1) die primäre Beschwerde wiederholten, vorsorglich 2) — was in den vorderen Instanzen nicht geschehen war — das stillschweigende Zugeständniß ihres Anwalts widerriefen, und 3) darüber querulirten, daß sie mit dem beim Hofg. eingebrachten Restitutionsgesuch in die erste Instanz zurückverwiesen worden seien.

Das O.A.G. schlug aber die Prozesse ab.

Zu 1 ging es von derselben Auslegung der HauptjustizVO., wie das Hofg., aus.

Zu 2 bemerkte der Referent, dessen Anträge ausdrücklich in der Conclusionsnote gebilligt wurden: Nur in Bezug auf ein wirklich erfolgtes Geständniß, d. h. eine in dem Willen der Parthie oder ihres Anwalts gelegene Nachgabe — gleichviel ob ausdrücklich in Worten, oder factisch kundgegeben — könne überhaupt von dem Widerrufe die Rede sein, denn was nicht erklärt worden sei oder habe werden sollen, könne auch nicht widerrufen werden. In dem vorliegenden Falle habe aber der Anwalt die betr. thatsächliche Behauptung nicht nachgeben wollen, sondern er habe geglaubt, durch den generellen Widerspruch den in der H. J. VO. angedrohten Nachtheil der Contumacia abgewendet zu haben. Hierin sei ein Rechtsirrthum zu erkennen, dessen Folgen durch einen Widerruf ebensowenig beseitigt werden könnten, wie die einer jeden anderen Contumacia. Auf der Erwägung, daß in Fällen, wie der vorliegende, der Rechtsnachtheil sich als Folge einer Fristversäumniß darstelle, beruhe es, daß nach der Rechtsprechung der Parthie, wenn die sonstigen Voraussetzungen vorlägen, Restitution ertheilt werde, obgleich hierbei das Versehen des Anwalts aus einem Rechtsirrthum, und nicht aus einer Nachlässigkeit hervorgegangen sei. Der Referent beruft sich hierbei auch die Sache Fis-

Digitized by Google

kus ca. Lich (Beleg 30), die er ausführlich erörtert. — Wolle man indeſſen auch einen Widerruf an ſich als ſtatthaft anſehen, ſo müſſe derſelbe doch in concreto als unzuläſſig angeſehen werden, weil er erſt in dritter Inſtanz vorgebracht worden ſei. Selbſt als wahres Novum angeſehen, ſtehe derſelbe doch jedenfalls unter den Principien des beneficium novorum, und dieſes finde nicht ſtatt, wo die sententia a qua eine Beſchwerde in ſich nicht enthalte. Im vorl. Fall liege aber eine begründete Beſchwerde nicht vor, denn

Zu 3 ſei die Verweiſung des Reſtitutionsgeſuchs in die erſte Inſtanz gerechtfertigt geweſen. Hieran ändere es auch Nichts, daß der Richter erſter Inſtanz nach ſeinen früheren Entſcheidungsgründen die in Wahrheit erhebliche Behauptung, daß das Zuwerfen der Gräben des Widerſpruchs und Verbots ungeachtet erfolgt ſei, für unerheblich halte, denn die Beſorgniß, daß der Richter ein Reſtitutionsgeſuch verwerfen werde, könne, ſo begründet ſie auch ſein möge, an und für ſich kein Motiv abgeben, daſſelbe ſeiner Competenz zu entziehen und mit deſſen Umgehung in oberer Inſtanz zu entſcheiden. — E. v. 6. Januar 1846. —

Die Imploranten verſuchten nunmehr durch förmliche in erſter Inſtanz erbetene Reſtitution den durch das ſtillſchweigende Zugeſtändniß ihres Anwalts eingetretenen Nachtheil zu beſeitigen. In höchſter Inſtanz, wohin die Sache wieder gelangte, war man über die Begründung des Geſuchs verſchiedner Anſicht. Die Referenten ſtimmten zwar darin überein, daß es an dem Erforderniß einer Läſion nicht gebreche, weil, wenn die oben referirte Behauptung der Imploratin verabredet worden wäre, Beweis hätte auferlegt werden müſſen, nicht aber bezüglich der Tüchtigkeit der causa restitutionis. Der Referent begründete ſeinen auf — durch eidliche Beſcheinigung bedingte — Ertheilung der Reſtitution und ſofortige Beweisauflage gerichteten Antrag wie folgt: Die in der neueſten Rechtſprechung des Gerichtshofs angenommene Auslegung des Art. 1 der H. J. VO. führe unverkennbar zu einer Begünſtigung des Beklagten, welcher keinen der verſchiedenen, die Grundlage des Klaganſpruchs bildenden thatſächlichen Punkte ſpeziell beantworte, vielmehr ſich überhaupt auf einen generellen Widerſpruch beſchränke, vor demjenigen, der zwar einige, aber nicht alle Punkte beantworte, hiermit jedoch auch einen generellen Widerſpruch verbinde. Hierfür ein legislatoriſches Motiv aufzufinden, ſei ſchwer, und das O.A.G. ſei auch nur durch die Wortfaſſung des betr. Art. zu jener Auslegung gelangt. Deshalb ſei dieſe Auslegung in ihren Wirkungen möglichſt zu beſchränken und ihr namentlich kein Einfluß auf die Beurtheilung von Rechtsverhältniſſen zu geſtatten, welche mit ihr — wie die Ertheilung von Reſtitution gegen Friſtverſäumniſſe — nicht in nothwendiger Verbindung ſtünden. Hieraus folge dann, daß ſo wie der Parthie nach Art. 11 des Geſ. v. 1. Mai 1830 Reſtitution ertheilt werde, wenn der Anwalt gar nicht gehandelt habe, in gleicher Weiſe die Reſt.

Digitized by Google

ertheilt werden müsse, wenn einzelne Klagpunkte nicht in Abrede gestellt worden seien. Die Entscheidung der vorderen Instanzen beruhe auf der Erwägung: „aus dem Gesichtspunkt einer Fristversäumniß erscheine die gegen das fingirte Eingeständniß nachgesuchte Restitution unstatthaft, weil die Frist zur Erklärung auf die Klage wirklich eingehalten worden sei und nur der frühere Anwalt die Erklärung nicht so abgefaßt habe, wie es zur Abwendung des angedrohten Rechtsnachtheils hätte geschehen müssen. Es liege daher eine mangelhafte materielle Behandlung des früheren Anwalts vor, wobei denselben die gesetzlich irrige Ansicht geleitet habe, als genüge der generelle Widerspruch zur Abläugnung einzelner, nicht besonders beantworteter Klagfacten. Die Beseitigung der Folgen hiervon sei demnach mittelst des benef. rest. nicht zu erzielen", und beim Hofg. seien als Belege, daß diese Auffassung derjenigen des O.A.Gs entspreche, die Rechtssachen Reichenberg ca. Erbach und Weiß ca. Lepitre angezogen worden, allein hiergegen sei zu bemerken: 1) Die H. J. VO. betrachte jeden einzelnen Klagpunkt als selbstständigen Gegenstand der Frage, ob eine gehörige Litiscontestation erfolgt, oder der Rechtsnachtheil verwirkt sei. Der Begriff einer versäumten Handlung finde daher auch da Anwendung, wo die Frist bezüglich eines der Klagpunkte unbenutzt geblieben sei. Der im Art. 10 und 11 des Gesetzes vom 1. Mai 1830 vorkommende Ausdruck „versäumte Handlung" berechtige keineswegs zu der Annahme, daß von einer Fristversäumniß nur dann die Rede sein könne, wenn die Parthie resp. ihr Anwalt ganz unthätig geblieben, d. h. gar keine darauf bezügliche Eingabe erfolgt sei; 2) das Gesetz vom 1. Mai 1830 unterscheide nicht zwischen der Fristversäumniß, welche ihre Veranlassung lediglich in der Nachlässigkeit des Anwalts hatte, und derjenigen, wozu derselbe durch eine irrige Rechtsansicht verleitet worden sei. Auch ein Verhältniß letzterer Art schließe aber die Möglichkeit einer Nachlässigkeit insofern nicht aus, als auch die irrige Rechtsansicht auf einer Nachlässigkeit beruhen könne; 3) der Satz: Rechtsirrthum könne niemals eine causa rest. gewähren, sei in dieser allgemeinen Fassung weder in den Gesetzen begründet, noch in der Doctrin unbestritten anerkannt. — Referent hebt nun besonders die Ausführungen von Savigny System Bd. III Beil. VIII S. 334 ꝛc. hervor und die von diesem alleg. Stelle c. 1. de constitut. in VI 1. 2 und bemerkt weiter: Was in der zuletzt herausgehobenen Stelle bemerkt werde, leide auf das der vorliegenden Sache zum Grund liegende Verhältniß volle Anwendung. Es handele sich dabei um eine particularrechtliche Vorschrift, deren Sinn äußerst zweifelhaft und von dem judicio a quo selbst beim Fällen eines früheren Erkenntnisses gerade so, wie vom früheren Anwalt der Imploraten, gedeutet worden sei, während die Richtigkeit dieser Deutung auch bei dem höchsten Gericht, mit Anführung von Gründen, denen man die Erheblichkeit nicht absprechen könne, mehrfach Vertheidiger gefunden habe. Wenn daher das Verfahren jenes

Digitized by Google

Anwalts wirklich einen Rechtsirrthum kund gebe, so sei letzterer doch ein durchaus entschuldbarer gewesen. Es handle sich aber nicht einmal um einen reinen Rechtsirrthum[1], sondern um die Unkenntniß einer erst in neuster Zeit festgestellten Gerichtspraxis, der Gewohnheit eines Gerichts, welche die größte Aehnlichkeit mit einem Gewohnheitsrecht habe, dessen Unkenntniß als ignorantia facti angesehen werde; 4) die Gerichtspraxis stehe auch der generellen Fassung des unter 3 gedachten Satzes nicht zur Seite, da Rechtsirrthümer der Anwälte als eine Fahrlässigkeit betrachtet würden, gegen deren Folgen der Parthie Restitution zu gewähren sei; 5) die zwei vom Hofg. angef. Rechtssachen stünden, wie näher erörtert wird, der Ansicht des Referenten nicht entgegen. —

Mit Rücksicht auf diese Ausführungen beantragte der Referent Zulassung des Restitutionsgesuchs, er hielt zugleich die causa rest. schon jetzt durch die Acten genügend bescheinigt und beantragte nur deßhalb noch eidliche Bescheinigung, um nicht ultra petitum zu reformiren. Eine alsbaldige Beweisauflage in der Hauptsache hielt er sofort für geboten.

Der Correferent bemerkte dagegen: Die Frage, ob die Parthie Restitution zu begehren befugt sei, wenn ihr Anwalt in materialibus causae irgend etwas versäumt habe, sei, wie nach der Doctrin, so auch nach der Rechtsprechung des obersten Gerichts zu verneinen. Es komme daher Alles darauf an, ob das vorliegende Versehen in einer mangelhaften Rechtsansicht des Anwalts, oder in einer formellen Nachlässigkeit desselben seinen Grund habe. Nur das erstere sei anzunehmen. Nach dem Gesetze, oder wenigstens nach der Rechtsprechung, stehe es fest, daß in dem Falle, wo einzelne Punkte der Klage unbeantwortet gelassen würden, erstere für zugestanden erachtet werden sollten. Wenn nun aber ein Anwalt, befangen in einer unrichtigen Auslegung des Gesetzes, die Rechte seiner Parthie auf unzweckmäßige Weise vertheidige, wenn er den Gebrauch von Rechtsschutzmitteln unterlasse, oder durch verkehrte Anwendung der gebrauchten seine Parthie in Schaden bringe, alles in der Meinung, die Interessen seines Clienten auf das Beste zu wahren, so könne gegen solche Irrthümer in materialibus keine Restitution ertheilt werden, wenn nicht der Ausgang des Prozesses in unendliche Ferne verschoben und die Sicherheit des Rechts gefährdet werden solle. Im vorliegenden Falle habe der Anwalt das Gesetz falsch ausgelegt und im Glauben, die Rechte seines Clienten genügend zu wahren, eine Behauptung des Gegners, anstatt speciell, nur generell widersprochen. Es werde nicht behauptet, daß der Anwalt beauftragt gewesen sei, die fragliche Thatsache speciell zu verabreden. Die Parthie habe dem Anwalte überlassen, auf welche Weise er den Prozeß führen wolle. Wenn nun aber in solchen Fällen der Anwalt einen Mißgriff begehe und die Rechte seines Clienten mangelhaft vertheidige, so sei dieß eine Fehlsicht in materialibus, gegen welche keine Restitution stattfinde. Die Rechtsprechung des O.A.Gs scheine hiermit conform. In der Sache

Digitized by Google

Weis ca. Lepitre habe Ersterer seinen Anwalt speciell beauftragt, eine bestimmte Replik einer bestimmten Einrede seines Gegners entgegenzusetzen, der Anwalt habe dieß aber unterlassen. Das desfallsige Restitutionsgesuch sei aber nicht berücksichtigt worden, weil die Handlung des Anwalts nur eine Fehlsicht in materialibus sei. Wenn nun selbst da, wo die Parthie den Anwalt speciell zum Gebrauch eines bestimmten Rechtsbehelfs beauftragt habe, R. nicht ertheilt werde, so könne solche vermöge eines Schlusses a majore ad minus um so weniger in dem Falle ertheilt werden, wo die Parthie eine specielle Weisung nicht gegeben, vielmehr die Wahrung ihres Interesses lediglich der Erfahrung und Gewandtheit des Anwalts überlassen habe. Hiernach seien die Prozesse abzuschlagen.

Das Colleg trat am 27. März 1849, jedoch nur per majora — 2 g. 4 St. —, dem Antrage des Correferenten bei.

34.

Lederhandlung Oppenheimer u. Meyer zu Frankfurt a. M., Kl. ca. L. Aufholz zu Offenbach Bekl. Fordr. betr. 1859.

Restitutionsgesuch nach erfolgter rechtskräftiger Abweisung der Klage gestützt darauf, daß der öffentliche Anwalt gegen oder doch ohne Instruction irrige factische Zugeständnisse gemacht habe, welche die Abweisung der Klage veranlaßt hätten.

Remedium, oder Beneficium restitutionis? Prüfung der Tüchtigkeit der fraglichen causa. Ein irriges Geständniß des öffentlichen Anwalts kann nach rechtskräftigem Urtheil nur mit dem Remedium rest. angegriffen werden und die Parthie muß also beeidigen, daß sie das irrige Zugeständniß erst nach der Rechtskraft des Urtheils erfahren habe.

Das Restitutionsverlangen basirte im Wesentlichen auf der Behauptung, daß der frühere Anwalt der Klägerin, wie diese erst ganz neuerdings in Erfahrung gebracht, in den vorderen Verhandlungen gegen ihre, der Klägerin, ausdrückliche und stillschweigende Anweisung, jedenfalls ohne ihre Anweisung und ohne ihren Willen, irrige factische Zugeständnisse gemacht habe, welche in den höheren Instanzen die Abweisung der Klage zur Folge gehabt hätten, und bezweckte die Zurücknahme dieser Zugeständnisse und, in Consequenz hiervon, die Aufhebung der angeblich auf Grundlage derselben in den höheren Instanzen ergangenen, der Klägerin nachtheiligen Erkenntnisse und resp. demnächstige Zuerkennung des Klaganspruchs. Das Landgericht O. ging auf eine materielle Prüfung des Rest.-

Digitized by Google

Gesuches nicht ein, sondern wies dasselbe hierorts ab, weil es sich als das remedium restitutionis darstelle und in seiner Richtung gegen ein reformatorisches Urtheil zweiter Instanz, nach Art. 1 des Gesetzes vom 12. Juli 1842, nur in der höheren Instanz, nicht bei dem Landgericht hätte eingebracht werden dürfen, und derselbe Gesichtspunkt motivirte auch den auf die klägerische Appellation ergangenen hofgerichtlichen Abschlagsbescheid.

Auch das O.A.G. wies das Gesuch ab. Der Referent des O.A.Gs bemerkte: Nach dem Stand der Sache hat sich die gegenwärtige Beurtheilung lediglich mit der Competenzfrage, d. h. mit der Frage zu beschäftigen, ob das Rest.G. sich als das beneficium restitutionis charakterisire, oder ob über dasselbe, weil remedium restit., ausschließlich das, die abändernde Entscheidung erlassen habende hiesige Hofg. abzuurtheilen competent sei? und dürfte es nicht statthaft erscheinen, sich irgend darüber zu äußern, ob das Rest.Gesuch, abgesehen von der Competenzfrage, im Uebrigen in formeller und materieller Hinsicht den gesetzlichen Anforderungen entspreche, weßhalb ich eine solche Würdigung vorerst wenigstens unterlasse. Was nun die uns hiernach allein interessirende Competenzfrage betrifft, so schließe ich mich in Bezug auf solche der Ansicht der vorderen Instanzen an. Zwar vermag ich den von dem HofG.Referenten seinem Antrage zu Grund gelegten Satz: daß überall, wo ein (rechtskräftiges) Erkenntniß in der Mitte liege, nur durch das remedium restitutionis geholfen werden könne, in dieser Allgemeinheit nicht anzuerkennen, indem ohne allen Anstand auch in Gefolge auf prätorische Gründe (Abwesenheit, Minderjährigkeit ꝛc.) gebauter Rest.gesuche rechtskräftige Urtheile (außer Wirksamkeit gesetzt werden) wegfallen können, wofür ich mich auf die Relationen: in S. der Leonhard Schönbergers Ehefrau gegen Georg Reinherr de 1847 u. in S. des S. u. Bär Idstein gegen die Erben des Liebmann Laz. Cleve de 1842 beziehe. Auch die in den landgerichtlichen Entscheidungsgründen niedergelegte Ansicht: das Quadriennium restit. beziehe sich nur auf das remed., nicht auf das benef. restit., wenn sie hier überhaupt in Betracht kommen könnte, ist nicht zu billigen, da bekanntlich, namentlich auch zur Geltendmachung prätorischer Restitutionen, wo nicht besondere Gesetze oder Particularrechte eine Ausnahme sanctioniren, eine vierjährige Frist läuft. Der Gesichtspunkt, der mich bestimmt, der betr. Entscheidung der vorderen Instanzen beizutreten, ist einfach der, daß gegen irrige factische Angaben des Anwalts nach rechtskräftigem Urtheil Abhülfe von Seiten der verletzten Parthei auf dem Wege der prätorischen Restitution überhaupt nicht, sondern etwa nur vermittelst des deutsch-rechtlichen Rechtsmittels der Restitution nachgesucht und erwirkt werden kann. Nach römischem Rechte gab, mit Rücksicht darauf, daß es in dem freien Belieben jeder Partei stand, ihre Rechtssachen selbst zu führen, oder sich eines Anwalts zu bedienen, sowie wegen des auf den

Digitized by Google

Letzteren übergegangenen Eigenthums vom Rechtsstreite, die Nachlässigkeit des Anwalts, insofern nicht eine sonstige **causa restitutionis** (eigne Abwesenheit, Arglist des Gegners) concurrirte, keinen Grund ab, Restitution wider den Proceßgegner zu verlangen, und nur Pflegbefohlene wurden, wenn sie von dem zunächst anzugehenden Vormunde Entschädigung nicht erhalten konnten, hilfsweise in dem Processe selbst restituirt. Diese, im Wesentlichen auch im canonischen Rechte nicht abgeänderten Grundsätze wurden aber durch die Reichsgesetzgebung resp. durch das **dubium camerale** vom 9. Mai 1786 insofern modificirt, als der, nicht selbst in **culpa** versirenden, Parthie gegen die Nachlässigkeit ihres inländischen und öffentlichen Anwalts, ohne daß es nöthig war, diesen vorerst auszuklagen, sofort Restitution ertheilt wurde, cf. v. Linde Lehrb. ꝛc. §. 138, v. Bayer Vortr. S. 190 u. 191, und ist das ganze Verhältniß durch unsere Particulargesetzgebung, insbesondere für die Untergerichte durch das Ges. v. 1. Mai 1830 definitiv regulirt. Aus diesem Gesetz, namentlich aus dessen hier einschlagendem Art. 11, ergibt sich nun, daß den Parthieen nur gegen die Nachlässigkeit der öffentlichen Anwälte in Bezug auf die Einhaltung von Fristen und Tagfahrten resp. gegen Rechtsirrthümer der Anwälte in Bezug auf Formalien, welche einer solchen Nachlässigkeit gleichgestellt werden, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt wird, so daß im Uebrigen die oben angegebenen gemeinrechtlichen Normen über die Folgen der Nachlässigkeit der Anwälte in voller Kraft geblieben sind, wie denn, in Einklang hiermit, meines Wissens hohes Colleg gegen Versehen der Anwälte in **materialibus** der Parthie die nachgesuchte Restitution stets versagt hat. In concreto hat aber der frühere klägerische Anwalt keine Frist versäumt, keine ihm obgelegene Proceßhandlung unterlassen, sondern er soll ohne resp. gegen die Anweisung seiner Mandantin dieser präjudicirliche irrige factische Angaben gemacht haben — und wegen dieses Versehens des Anwalts ist, nachdem die fraglichen irrigen Angaben wegen des vorliegenden rechtskräftigen Erkenntnisses, nach den desfalls bestehenden besonderen gesetzlichen Vorschriften, nicht mehr mittelst Widerrufs beseitigt werden können, in Gemäßheit des oben Ausgeführten, eine (prätorische) Restitution gegenüber dem Proceßgegner nicht, vielmehr nur ein Regreßanspruch gegen den schuldigen Anwalt gegeben. Nun hat aber der jetzige klägerische Anwalt gegen jene factische Angaben seines Vorgängers, oder in der That gegen das mehrgedachte, seiner Mandatin ungünstige reformatorische Hofgerichtsurtheil, welches auf diese basiren resp. darauf hin in oberster Instanz bestätigt worden sein soll, bei dem Landgericht O. Restitution nachgesucht, und obwohl er diese zunächst auf das fragliche Verschulden des früheren Anwalts gründete, so hatte er doch in der Eingabe vom ꝛc., auf welche in dem Nachtrage vom ꝛc. Bezug genommen worden ist, die Thatsache hervorgehoben, daß die Klägerin von den betr. irrigen Angaben erst neuerdings, nachdem die Klage längst

Digitized by Google

rechtskräftig abgewiesen war, Kenntniß erhalten habe. Wenn das Landg. bei dieser Sachlage das Rest.G. hierorts — als nicht vor es gehörig — abwies, so hat es durchaus den Rechten und dem klägerischen Vorbringen gemäß erkannt, vgl. 1) in S. des Wilh. Weber sen. u. jun. c. Plitt 1848, 2) in S. der Erben des Raths Breidenbach c. die Erben des Hofkammerraths Kugler 1841, 3) in S. Wallhaus c. Riedesel 1851, da allerdings die unmittelbar gegen das abändernde Hofgerichtsurtheil resp. gegen die angeblich factische Grundlage desselben gerichtete Rest., wenn überhaupt, doch nur [1]) vi remedii restitut. erwirkt werden konnte, die Cognition hierüber aber nach Art. 1 des Ges. v. 12. Juli 1842 nur dem Hofg. competirte, von welchem die reformatorische Entscheidung ausgegangen war. Von vorstehender Betrachtung geleitet, die es unnöthig erscheinen läßt, auf die zwischen dem beneficium und dem remed. rest. bestehenden Unterschiede, sowie auf den übrigen Inhalt der klägerischen Beschwerdeschriften näher einzugehen, trage ich auf Abschlag der nachgesuchten Processe an.

Der Correferent war mit dem Antrage einverstanden und am 1. Nov. 1859 wurde hiernach concludirt, „wobei insbes. der Grund relevirt wurde, daß im vorliegenden Falle unter den bestehenden Verhältnissen eine Rest. überhaupt nicht zulässig sei und mithin die Entscheidung der vorderen Instanzen keine Beschwerde für die Kl. enthalte."

35.

Konr. Großmann v. Kranichstein, Kl. ca. Franz Odenheimer v. Bensheim, Bekl., Forgung betr. 1858.

Widerruf eines von einem öffentl. Anwalt abgelegten (fingirten) Eingeständnisses einer gegnerischen Klagbehauptung vor erlassenem Urtheil.

Widerruf innerhalb des Triduum. Beweis der Einhaltung des Triduum. Ist strenge Beweisführung erfordert, oder ist der offerirte Eid zulässig?

Der Anwalt des Bekl. hatte das cumulativ behauptete Anerkenntniß und Zahlungsversprechen zu verabreden versäumt und zwar durch ein

---

[1]) Note des Ref.: Dies ist in den beiden ersten der eben allegirten Rechtssachen, wo die Parthie von ihr selbst gemachte irrige factische Angaben resp. abgelegte Geständnisse nach bereits vorliegender rechtskräftiger Entsch. zurücknahm, ausdrücklich ausgesprochen, und gleichermassen im 3 Falle, wo das Anerkenntniß der Aechtheit einer Urkunde durch den früheren Anwalt revocirt wurde, in der erstatteten Relation entwickelt worden, obwohl damals die Entscheidung durch einen besonderen Grund hauptsächlich motivirt wurde.

Digitized by Google

Versehen. In der Gegenerklärung widerrief der Anwalt das in Folge Fiction anzunehmende Geständniß, indem er erklärte, seine Parthie habe erst innerhalb der letzten drei Tage Kenntniß von dem irrigen Geständniß erhalten. Eventuell wurde um Rest. nachgesucht. Das Landg. Z. legte dem Bekl. Beweis dahin auf: „daß zur Zeit des Widerrufs des durch die Erklärung auf Klage gemachten stillschweigenden Zugeständnisses des Anerkenntnisses und Zahlungsversprechens nicht mehr als drei Tage verflossen gewesen, seitdem der Bekl. Kenntniß von dem fraglichen Zugeständniß erhalten habe;" und behielt ihm demnächstige Verfolgung der Rest. vor. Auf Appellation bestätigte das Hofgericht jene Beweisauflage. Der Referent, dem der Correferent und das Colleg (durch Beschluß v. 11. Juli 1864) beitraten, bemerkte:

Wenn endlich der appantische Anwalt die Behauptung aufstellt, ein jedes Geständniß eines Anwalts könne auch nach Ablauf der in c. 3. C. 2. 10. festgesetzten Widerrufsfrist von drei Tagen mit der Wirkung zurückgenommen werden, daß die Beweispflicht auf den Widerrufenden übergehe, (d. h. daß dieser nun die Nichtwahrheit des eingestandenen Factums nachweise), so beruht auch diese Behauptung auf einer irrigen, gesetzlich nicht zu begründenden und von der neueren Doctrin und Praxis nicht gebilligten Theorie. Ein abgelegtes Geständniß, einerlei, ob es von der Parthie selbst, oder deren Anwalt ausgegangen, kann vielmehr (abgesehen von dem in der oben citirten c. 3. C. 2. 10 vorgesehenen Falle) nur dann widerrufen werden, wenn die zugestandene Thatsache unwahr und von dem Gestehenden nur aus entschuldbarem Irrthum für wahr angesehen worden ist, vgl. Arch. f. pr. R. W. I S. 108 ꝛc.; Schmid Handb. des Civpr. S. 75. 131.; Bayer Civilpr. (7. Aufl.) S. 191. 407; Linde Civilpr. (6. Aufl.) §. 128. 256; Morstadt Civilpr.schlüssel §. 128. 256, ein Fall, der hier nicht vorliegt, da das Geständniß hier nicht auf einem Irrthum beruht, sondern lediglich als Folge eines Versehens (nämlich der unterlassenen Beantwortung) gesetzlich für abgelegt angenommen wird. Auch der weitere Antrag des Appanten, daß er zum Eide über die Thatsache des rechtzeitigen Widerrufs des Geständnisses zuzulassen sei, entbehrt jeder rechtlichen Grundlage. Der einfache Widerruf eines Geständnisses des Anwalts ist der Parthie nach c. 3. C. 2. 10. und der diesem Gesetz gegebenen allgemeinen Auslegung nur dann gestattet, wenn dieser Widerruf innerhalb dreier Tage von der erhaltenen Kenntniß vom Geständnisse an vorgenommen wird; die Einhaltung dieser Frist ist wesentliche Voraussetzung der Gültigkeit des Widerrufs und muß daher, wenn sie, wie hier, aus den Acten nicht ersichtlich und vom Gegner widersprochen ist, vom Widerrufenden, ebenso wie jede andere zur Begründung von beanspruchten Rechten erforderliche Thatsache, ganz nach den allgemeinen Grundsätzen über Beweis dargethan werden. Das Erbieten zum Eide ist nun an sich nach allgem. Grundsätzen über Beweis kein taugliches Beweismittel, es ist

Digitized by Google

dieses nur da, wo es vermöge specieller gesetzlicher Vorschrift für statthaft erklärt ist, und dieses ist für den Nachweis der Einhaltung des triduum für den Widerruf eines Geständnisses nicht der Fall. Namentlich ist der innerhalb des triduum geschehende Widerruf eines Geständnisses keine Art der Restitution, er ist in keiner Weise an die Voraussetzungen der Rest., sondern eben nur an die Einhaltung des triduum gebunden, und nur, wenn das triduum nicht eingehalten worden, können beim Widerrufe eines Geständnisses die Grundsätze über Rest. zur Sprache kommen, wie denn auch hier dem Beklagten in der sententia a qua eventuell für den Fall, daß er die Einhaltung des triduum nicht nachweise, ausdrücklich das Recurriren auf die Rest. vorbehalten ist. Die eben erörterten Grundsätze über den Beweis der Einhaltung des triduum hat denn auch Gr. Hofg. in der S. Georg Ulmer zu Heppenheim, ca. C. A. Rodenheber das. Bekl. p. d. bereits angenommen, indem es durch U. v. 11. Jan. 1858 als Voraussetzung der Zulassung eines Widerrufs des von seinem Anwalt abgelegten Geständnisses vom Beklagten den förmlichen Beweis der Einhaltung des triduum verlangt hat.

36.

Einräumung der Aechtheit einer gegnerischen Beweisurkunde durch den öffentlichen Anwalt und nachgefolgtes ungünstiges rechtskräftiges Erkenntniß. Wallhaus ca. v. Riedesel 1851.

Allgemeine Grundsätze über den Widerruf von Geständnissen der öffentlichen Anwälte. Nach eingetretener Rechtskraft kann nur im Wege förmlicher Restitution und zwar nur der deutsch-rechtlichen geholfen, es muß also behauptet und beeidigt werden, daß die Parthie das irrige Geständniß erst nach der Rechtskraft erfahren habe. Schuldlosigkeit der Parthie.

Der Anwalt des Klägers hatte die Aechtheit einer gegnerischen Beweisurkunde anerkannt und es war hiernächst der beklagte Theil zum Erfüllungseid zugelassen worden. Nachdem dieses Erk. längst die Rechtskraft beschritten, versuchte Kläger durch einen neuen Anwalt zum Widerrufe jenes früheren Anerkenntnisses der Aechtheit zugelassen zu werden. Der desfallsige Antrag wurde indessen in I. und dann auch von dem O.A.G. auf erhobene Berufung in II. Instanz verworfen. Der Referent des O.A.Gs, dessen Antrag genehmigt wurde, bemerkte im Wesentlichen: Die Lehre vom Widerruf gerichtlicher Geständnisse im Civilprozesse sei zwar eine sehr bestrittene, indessen concentrire sich die gemeine Meinung

Digitized by Google

der Rechtslehrer in folgenden drei, der Relation in S. fiscus camerälis ca. Frau Fürstin zu Solms Lich wörtlich entnommenen Sätzen (sie werden ausgehoben, vgl. Beleg 30). Im vorl. Falle liege der dritte Fall vor, daß auf das jetzt angefochtene Geständniß des früheren kläg. Anwalts ein längst rechtskräftiges Erkenntniß ergangen sei, das jetzt nur noch im Wege einer rest. contra rem judicatam außer Wirksamkeit gesetzt werden könne. Daß dieser letztere Weg der einzige sei, welcher bei der jetzigen Sachlage dem Kläger zu Gebote stehe, um das Anerkenntniß der Aechtheit der gegentheiligen Beweisurkunde zu beseitigen, verstehe sich auch schon darum von selbst, weil die Anfechtung dieses Anerkenntnisses zugleich gegen das darauf gefolgte richterliche Urtheil gerichtet sei und gerichtet sein müsse, wenn der damit bezweckte Erfolg erreicht w. solle, unsere Gesetzgebung aber ein anderes Mittel, als die rest. contra rem judicatam, nicht gegeben habe, um ein bereits rechtskräftig gewordenes richterliches Erk. aus dem Wege zu räumen. Lotz im Arch. f. civ. Pr. Bd. III S. 114. Indem Ref. zur Unterstützung dieser Ansicht auch Bezug nehme auf die Rel. O.A.Gs in S. Rath Breidenbach Erben ca. Kugler Erben v. 1841, in welcher der Satz: daß die Berichtigung eines factischen Irrthums nur dann zulässig sei, wenn die Bedingungen und gesetzlichen Voraussetzungen einer rest. contra rem judicatam vorhanden seien, ebenfalls Anwendung gefunden habe, müsse er bezweifeln, daß in concreto an diesen Voraussetzungen wirklich kein Mangel sei. Es könne nur das deutschrechtl. Remedium rest. ob noviter reperta sein, mittelst dessen Implorant die nachgesuchte W. E. erlangen könne, und er habe deßhalb mindestens poniren müssen, daß er vor dem jetzt aus dem Weg zu räumenden Erkenntniß des O.A.Gs v. 3. Mai 1848 noch keine Kenntniß von dem Irrthum seines früheren Anwalts, um dessen Berichtigung es sich gegenwärtig handelt, gehabt, daß er diese Kenntniß vielmehr erst später erlangt habe. Alles indessen, was sein R.Gesuch in dieser Beziehung enthalte, bestehe in einer vagen Bemerkung. Gerade der Punkt, auf welchen es hier hauptsächlich ankomme: zu welcher Zeit nämlich Kläger von dem Irrthum seines früheren Anwalts die erste Kenntniß erlangt habe, sei mit Stillschweigen übergangen, es entbehre jedenfalls das kläg. Vorbringen der erforderlichen Bestimmtheit, um daraus entnehmen zu können, daß die wesentliche Voraussetzung für das Remedium rest. ob nov. rep., die erst post sententiam latam erlangte Wissenschaft von dem Restitutionsgrunde nämlich, hier vorliege. In der That bestehe denn auch der Kern des kläg. R.Gesuchs darin, daß Adv. W. ganz willkürlich, ohne hierzu von seinem Clienten beauftragt gewesen zu sein, oder eine dahin abzielende Instruction empfangen zu haben, die Aechtheit anerkannt habe. — Wolle man indessen auch von jenem Mangel absehen, so stelle sich doch noch in einer anderen Beziehung das R.Gesuch als unbegründet dar. Sowie es nämlich Voraussetzung jeder Rest. sei, daß derjenige, welcher solche nachsuche, eine Läsion

Digitized by Google

erlitten und diese nicht selbst auf schuldvolle Weise veranlaßt habe, so müsse auch insbesondere an ein R.G., wie das vorliegende, eine gleiche Anforderung gestellt werden, da gerade im Prozesse die Parthieen zu besonderer Aufmerksamkeit veranlaßt seien und sie darum wegen eigner Unaufmerksamkeit keine Nachsicht anzusprechen hätten. Nun ergäben aber die Handacten, daß Kläger mit dem Adv. W. in einer Weise correspondirt habe, daß es dem Anwalt nicht zum Vorwurfe gereiche, wenn er die Aechtheit der Urkunde zugestanden habe, vielmehr habe er in seinen Mittheilungen selbst den Grund zu suchen, daß Anwalt, um unnöthige Kosten zu vermeiden, sowie geschehen gehandelt habe.

Eventuell bemerkte der Ref., daß, falls das R.Gesuch gleichwohl als zulässig erkannt und die thatsächlichen Voraussetzungen des Remed. r. ob n. r. als behauptet angesehen werden sollten, doch das Gesuch abgewiesen werden müsse, weil es bei dem O.A.G., welches das aus dem Weg zu räumende Erk. v. 3. Mai 1848 erlassen habe, anzubringen, und also das Hofgericht nicht competent gewesen sei. — Das Colleg trat dem primären Antrag am 2. Juli 1851 bei.

37.

Köhl ca. Kösterus. 1837.

Beseitigung einer affirmativen Litiscontestation nach rechtskräftigem Beweisinterlocut auf Grund des Irrthums des öffentlichen Anwalts.

Der Beklagte gestand zu, daß der Brunnen qu. soviel tiefer und weiter gegraben worden sei, als Kläger behauptet hatte, und Kläger soviel Material und Arbeitslohn verwendet habe, als er ersetzt verlange. Es wurde daher dem Kläger unterm 22. December 1836 bloß der Beweis des Bestrittenen, der Beweis auferlegt: „daß die von Kläger in der Klage verzeichneten Materialien und Arbeiten zu der ihm vom Beklagten aufgetragenen Ausbesserung und Vertiefung des Brunnens nothwendig gewesen und die angesetzten Preise den zur Zeit der Fertigung der Arbeit und Lieferung des Materials bestandenen Preisen entsprechend seien.“ Nachdem dieses Interlocut die Rechtskraft beschritten, reichte unterm 3. März 1837 der Anwalt des Beklagten einen Schriftsatz ein, worin er vortrug, das Eingeständniß, der Brunnen sei so viel tiefer und weiter gemacht worden, als Kläger behauptet habe, beruhe auf einem Irrthum von seiner, des Anwalts Seite, dieses Zugeständniß widerrief und zur Begründung der Zulässigkeit dieses Widerrufs sich zum Beweise erbot, daß die Thatsache, deren Richtigkeit er nachgegeben, unwahr sei, daß der Brunnen *nicht* soviel tiefer und weiter gemacht worden sei, als Kläger behauptet habe, und Kläger dazu nicht soviel Material und Arbeitslohn

Digitized by Google

verwendet habe, als Kläger ersetzt verlange. Dieser Beweis wurde durch Zeugen angetreten.

Nach geschehener Verhandlung erkannte das Hofg. in D. am 3. März 1837 dahin: daß der in dem Vortrag des Beklagten vom 3. März 1837 enthaltene Widerruf seines früher gemachten Zugeständnisses für zulässig zu erachten sei, wenn derselbe den übernommenen Beweis zu führen vermöge: „daß der Kläger den fragl. Brunnen (dessen Herstellungskosten eingeklagt worden, indem Kläger behauptete, daß er den Brunnen 14 Fuß tiefer ꝛc. gemacht habe) nicht so viel weiter und tiefer gemacht und dazu nicht so viel Material und Arbeitslohn verwendet habe, als er ersetzt verlange," demgemäß der Kläger sich b. 4 W. über die Statthaftigkeit der vom Beklagten zur Führung dieses Beweises inducirten Beweismittel zu erklären habe. — Directer Gegenbeweis wurde dem Kläger *nicht* vorbehalten.

Für diese Entscheidung hatte der Relationsverfasser im Wesentlichen geltend gemacht: Unter den verschiedenen Ansichten über die Berichtigung irriger factischer Angaben der Advokaten verdiene die von *Weber*, über Beweisführung IV, 12 — 14, vertretene den Vorzug. Danach könne die Parthie den Irrthum innerhalb dreier Tage, von dem Momente gerechnet, wo sie den Mißgriff des Advokaten erfahren, widerrufen, so daß das Zugeständniß als nicht vorhanden angesehen werde, und der Client weder die Existenz des Irrthums, noch dessen Entschuldbarkeit zu beweisen habe. Lasse die Parthie aber das Triduum verstreichen, so sei zu unterscheiden, ob der Prozeß noch im Laufe sei, oder ob der Widerruf nach rechtskräftiger Sentenz bewirkt werden solle. Im ersteren Falle müsse der Widerrufende die Existenz des Irrthums, *das Gegentheil der zugestandenen Behauptung*, nicht aber auch die Entschuldbarkeit, beweisen, im zweiten müßten alle Bedingungen zur Wiedereinsetzung gegen die Rechtskraft vorliegen. In der concreten Rechtssache sei das Triduum abgelaufen und komme daher dieser Rechtsbehelf nicht in Frage, vielmehr frage es sich nur, ob directer Gegenbeweis genüge, oder Restitution nöthig sei. Es könne nun aber eine eigentliche Restitution nicht als erforderlich angesehen werden, denn der Inhalt des Beweisinterlocuts stehe dem Beweise des fraglichen Factums, den der Beklagte nach dem Widerrufe übernommen habe, nicht entgegen, es habe jenes Urtheil keine Veranlassung gefunden, sich über diesen nicht bestrittenen Punkt auszusprechen, und eine Wegräumung desselben sei also nicht erforderlich. Außerdem verlange das gemeine Recht auch erst dann Restitution, wenn die Sache *definitiv* entschieden sei, l. 7. C. 1. 18; cap. 2. X. de in integr. rest. IV. 21; c. 3. C. 2. 10, eine Ansicht, die auch von den Rechtslehrern getheilt werde. Hiernach genüge der Nachweis des Gegentheils des Zugestandenen. — Der Referent war einverstanden und bemerkte nur, daß es ihm einer *Restitution* wegen des irrigen Vorbringens in facto um deswillen nicht zu

Digitized by Google

bedürfen scheine, weil das Interlocut füglich bestehen könne, auch wenn jetzt noch über die fraglichen Thatsachen nachträglich erkannt werde. Ein anderes würde es gewesen sein, wenn gerade diese Thatsachen zum Gegenstand des Beweises gemacht worden wären, das Interlocut also mit dem neuen Vorbringen nicht harmoniren würde, dann müßte erst im Restitutionsweg der Zwischenbescheid weggeräumt werden. — Am 26. Oct. 1837 wurde nach Antrag concludirt.

Ueber den weiteren Verlauf dieser Rechtssache, in welcher nur der Beklagte mit Beweis gehört wurde, vgl. Bopp Materialien S. 246 Note.

38.

Die Kinder der Ehefrau des Joh. Christ. Schäfer I. zu Gladenbach, Kl. ca. Joh. Kraus zu Ammenhausen, Bekl. Erbtheilung betr. 1847.

Restitutionsgesuch gegen rechtskräftiges Beweisinterlocut zum Zweck der Aenderung einer vom Anwalt unrichtig ponirten Replik, gestützt auf Versehen resp. Irrthum des Anwalts und Minderjährigkeit zweier Kläger, sowie zur Nachbringung der Replik der Unmündigkeit wegen minor aetas.

Zulässigkeit des früheren Anwalts. Remedium, oder Beneficium restitutionis? Competenz. Irrthum des öffentlichen Anwalts in Bezug auf factische Angaben ist Restitutionsgrund.

Philipp Krauß I. in A. starb 1793 ab intestato mit Hinterlassung der Ehefrau des Christian Schäfer I. und des Johannes Kraus. Da die Wittwe des Ph. Kraus I. 1795 mit Ludwig Barth in zweite Ehe trat und ihren Ehemann in den von ihrem Ehemann herrührenden Hof aufgenommen hatte, so entspann sich zwischen ihr und den Vormündern ihrer Kinder ein Rechtstreit, welcher durch Vergleich vom 23. August 1803 seine Erledigung fand, wonach unter Anderem bestimmt wurde, daß die Wittwe und ihr zweiter Ehemann unter bestimmten Voraussetzungen und Verhältnissen im Besitz und in der Benutzung der väterlichen Hofraithe und des Guts der Kinder verbleiben sollten. Im Jahre 1807 starb die Ph. Krauß I. Wittwe und ihr zweiter Ehemann folgte ihr zu Anfang der 30iger Jahre nach. Gegen Ende 1839 erhoben nun die Kinder der Christ. Schäfer I. Ehefrau, unter abschriftlicher Beilegung des Vergleichs von 1803, Klage dahin: der Beklagte habe bei dem Stiefvater gewohnt und sei nach dessen Tod im Besitze des gesammten vorhandenen Vermögens geblieben, die Abtheilung mit den Miterben, namentlich der Mutter der Klägerin, verweigernd. Gebeten wurde: den Nachlaß zur Theilung zu bringen. Dieser Klage opponirte der Bekl. u. A. die Einrede der Extinctivverjährung. Die

Digitized by Google

Klage sei bereits im Jahre 1807 mit dem damals erfolgten Ableben der Mutter des Beklagten rechtlich möglich, und deßhalb bei Anstellung der Klage von 1839 die Verjährungszeit bereits abgelaufen gewesen. Die Kläger behaupteten hiergegen, diese Einrede sei unbegründet, denn Ludwig Barth habe vertragsmäßig bis zu seinem Tode das fragliche Vermögen zu benutzen gehabt, dieser sei aber erst vor etwa 8 Jahren gestorben. Ueberdieß seien zwei der Klägerinnen minderjährig gewesen. — Hiernächst wurde, nachdem in höherer Instanz theilweise reformirt worden war, rechtskräftig festgestellt, daß die Einrede der Extinctivverjährung an sich begründet erscheine, und folglich die Klägerinnen den Beweis ihrer Replik: Ludwig Barth habe vertragsmäßig bis zu seinem Tode das fragliche Vermögen zu benutzen gehabt, zu führen hätten. Auf die Replik der Minderjährigkeit wurde keine Rücksicht genommen, weil nur die Unmündigkeit bei der 30jährigen Verjährung von Erheblichkeit sei. Als Beweis angetreten werden sollte, trat der Anwalt der Klägerinnen beim Landg. G. mit einem doppelten R.Gesuch auf:

1) Die Behauptung der Replik, daß Barth das Vermögen nach dem Vergleich von 1803 bis an seinen Tod zu benutzen gehabt, beruhe auf einem Versehen von des Anwalts Seite, da der mit der Klage abschriftlich übergebene Vergleich selbst ausdrücklich unter 3 und 4 besage, daß Barth und dessen Frau die Ph. Krausschen Hofgebäude und Güter nur so lange wie bisher besitzen sollten, bis eines der Kraus'schen Kinder sich in den Hof verheirathen und die Herrschaft übernehmen werde. Jene unrichtige Behauptung sei von seiner, Anwalts Seite, ohne Zuthun der Kläger, die ihm durch Behändigung des Vergleichsinstruments das nöthige factische Material vollständig geliefert hätten, dadurch veranlaßt worden, daß er bei Bearbeitung der Replik den §. 8 des Vergleichs mit dem §. 3 aus Versehen verwechselt habe. Dieser §. 8 bestimme nämlich, daß Barth ein lebenslängliches Verbleiben (also lebenslängliches Wohnrecht und Unterkommen nach Art der Interimswirthschaft) in dem Krausischen Hofe erhalten solle. Beide Bestimmungen habe Anwalt in seinem Gedächtnisse verwechselt, indem er es unterlassen habe, das Instrument bei Fertigung der Replik nochmals genau nachzulesen, und habe daraus die obige unrichtige Behauptung gebildet. Durch dieses Versehen sei den Klägern eine Replik zum Beweise auferlegt, die sie nicht darthun könnten. Dieses Versehen sei Anwalt erst gewahr geworden, als er zur Beweisantretung habe schreiten wollen und das Vergleichsinstrument zur Hand genommen habe, woher es gekommen, daß er, einmal im Irrthum befangen, dieses auch in zweiter und dritter Instanz nicht beseitigt habe.

Außerdem seien die beiden jüngsten Klägerinnen, Luise und Dorothea Sch., noch minderjährig gewesen, weßhalb jedenfalls diesen die Restitution nicht versagt werden könne.

Digitized by Google

2) Von den Klägerinnen suchten ferner die beiden jüngsten, L. u. D., Restitution dagegen nach, daß in Folge mangelhafter Instruction Anwalt der Einrede der Extinctivverjährung nicht die Replik der Unmündigkeit gegenüber gestellt habe. Die Läsion liege klar vor, und die Restitution könne wegen der Minderjährigkeit der zwei Klägerinnen nicht versagt werden. — Der Bekl. bestritt das Restitutionsgesuch überhaupt, insbesondere aber auch wegen mangelnder Competenz des Landgerichts, weil das Beweisinterlocut in den höheren Instanzen reformirt worden sei. — Nach geschlossenem Verfahren erkannte das Landg. auf Verwerfung des Restitutionsgesuchs. Auf erhobene Appellation reformirte aber das Hofg. in Giesen dahin: „daß das Restitutionsgesuch rechtlich statthaft sei, und das Untergericht weiter zu entscheiden habe, was Rechtens;" worauf Oberappellation. Aus dem desfalls erstatteten Gutachten heben wir Nachstehendes hervor: Nach der Bemerkung, daß das R.Gesuch durch den früheren Anwalt habe eingereicht werden können, weil es sich nicht um eine bloße Versäumniß von Fristen drehe, und der Anwalt der Bekl. insbesondere deren Officialanwalt sei, sowie einer näheren Darlegung, daß es sich hier nicht um eine Aenderung der Klage, sondern nur um die Aenderung einer Replikbehauptung drehe, geht Ref. auf die Competenzfrage über und hält die Competenz des Landg. für begründet. Es handle sich in concreto um das beneficium restitutionis, nicht das remedium. Richtig stehe es zwar, daß nicht ausschließlich nur ob noviter reperta Restitution gegen, dem Zeitablauf nach, rechtskräftige Urtheile erwirkt werden könne, sondern daß schon nach römischem Civilrecht, wenn das Urtheil auf falsche Beweismittel gebaut gewesen, insbesondere aber nach dem prätorischen Edicte wegen Minderjährigkeit, entschuldbarer Abwesenheit u. s. w. dasselbe Ziel habe erreicht werden können, weßhalb viele Rechtslehrer (Linde, Bayer), wenn sie von dem Rechtsmittel der W. E. redeten, auch letztere Fälle darunter begriffen; dagegen sei es nicht minder gewiß, daß das eigentliche remedium rest., wie es dermalen bei den Gerichten vorkomme, erst durch die Reichsgesetzgebung eingeführt und demjenigen gegeben sei, der, ohne einen anderen Restitutionsgrund zu haben, sein Verlangen lediglich auf neue Thatsachen oder Beweismittel stütze, Linde Lehrb. §. 424; Danz ord. Proz. §. 447; Clapproth bürg. Proz. §. 396, so daß also bei dem Dasein bloß prätorischer Restitutionsgründe von jenem Rechtsmittel gar nicht habe gesprochen werden können.. Daß auch das hess. Particularrecht nur von einer solchen, den Begriff des Rechtsmittels der Restitution beschränkenden Ansicht ausgehe, dies gehe aus der Art, wie die VO. vom 12. April 1806 die Formel des abzuleistenden Restitutionseides gefaßt habe, klar hervor und sei in der Praxis zu sehr anerkannt, als daß darüber, es handle sich in concreto, wo die W. E. nicht auf neue Thatsachen, sondern wegen eines von dem klägerischen Anwalt begangenen Versehens resp. wegen Minderjährigkeit

Digitized by Google

der Kläger ausgesprochen werde, lediglich um das beneficium, nicht um das remedium rest., nur der geringste Zweifel bestehen könnte. Müßte aber das R.Gesuch selbst als das Rechtsmittel der R. angesehen werden, so habe dasselbe gleichwohl an das Landgericht gehört, weil das Beweisinterlokut, wenn auch in Ansehung der Einrede der Extinctiverjährung, doch nicht in Ansehung der gerade hier in Rede stehenden Replik reformirt worden sei. Es könne sich sonach nur fragen, ob das Gesuch materiell begründet sei. In dieser Hinsicht sei nun zu 1 der für sämmtliche Kläger angerufene allgemeine R.Grund des Versehens des klägerischen Anwalts unzureichend; denn es handle sich hier um eine Nachlässigkeit in der materiellen Behandlung der Sache, welche keinen Anspruch auf Restitution begründe. Dagegen gewähre aber der für die beiden minderjährigen Klägerinnen angerufene Restitutionsgrund der Minderjährigkeit Anspruch auf Restitution, und ebendieß sei zu 2 der Fall. — Der Correferent war hiermit einverstanden und auch das Colleg wich nur in dem Punkt von den Ausführungen des Referenten ab, daß es in seiner Majorität auch den zu 1 angerufenen allgemeinen Restitutionsgrund als genügend ansah, indem es davon ausging, daß dem Replikvorbringen ein factischer Irrthum des Anwalts zum Grund liege, wogegen die Parthei allerdings Restitution anzusprechen habe. Hiernach wurden am 23. März 1847 die Prozesse abgeschlagen. —

Die Gründe, weßhalb der Referent für Verwerfung des ersten allgemeinen Restitutionsgrundes sich aussprach, waren folgende: Im Allgemeinen entspreche es schon dem durch die Annahme eines Advokaten oder Procurators zwischen diesen Personen und der Parthie geschaffenen Rechtsverhältniß, daß Versehen ꝛc., deren sich Erstere bezüglich der von ihnen übernommenen Pflichten zu Schulden kommen ließen, nur Entschädigungsansprüche der Auftraggeber gegen die Beauftragten begründeten, die Gegenparthie aber zunächst gar nicht berührten, daß es derselben also, streng rechtlich, auch nicht zugemuthet werden könne, ein durch ein solches Versehen bereits erworbenes Recht zu Gunsten der Gegenseite wieder aufzugeben. Dies sei überall anerkannt, und, als Folge hiervon, auch der Satz: daß von jenen generellen Principien abweichende Bestimmungen, welche eine Gesetzgebung getroffen habe, als Ausnahmsfälle zu betrachten und hiernach stricte auszulegen seien. Nun gewähre aber das neuere römische Recht und die deutschen Reichsgesetze der Parthie nur gegen Versäumnisse ihres öffentlichen Vertreters Restitution, welche demselben als procurator hinsichtlich der Einhaltung der Fristen, der Fatalien ꝛc. zur Last fielen, nicht aber enthielten sie eine gleiche Anordnung hinsichtlich der Versehen und Nachlässigkeiten, welche der Advokat qua talis bei der materiellen Behandlung der Prozeßsache begehe, da das R.K.GsConclusum von 1786, welches eine solche Bestimmung enthalten habe, keine Gesetzeskraft erlangt habe. Bezüglich der Letzteren hätten daher die gemeinrechtlichen

Digitized by Google

Normen ihre Anwendbarkeit behalten. Vorstehende Sätze, mit welchen auch die hess. Particulargesetzgebung — das Ges. v. 11. Januar 1812 und 1. Mai 1830 — im Einklange stehe, seien in S. Rentamtmann Weiß ca. Lepitre im Jahre 1838 näher begründet worden, und erhelle daraus zugleich die constante Praxis des O.A.Gs, daß wegen Versehen der Advokaten in materialibus, insbesondere wenn denselben nicht einmal ein factischer Irrthum zu Grunde liege, der Parthie keine Restitution zu Theil werde. Da nun in concreto, wo gegen ein bereits rechtskräftiges Urtheil die W. E. nachgesucht werde, die Bedingungen nicht vorlägen, bei deren Vorhandensein es einer Parthie ausnahmsweise gestattet sei, eine irrige factische Angabe ihres Anwalts zurückzunehmen, da ferner das erhobene R.Gesuch augenscheinlich auf eine reine Nachlässigkeit des Advokaten gestützt sei, der es unterlassen habe, das gegebene Material gehörig durchzusehen, da weiter der klägerische Anwalt zur Zeit des Versehens nicht etwa ihr Officialvertreter, sondern ihr freigewählter u. zu honorirender Rechtsfreund gewesen, endlich auch nicht behauptet worden, daß Anwalt von seinen Clienten speciell beauftragt worden sei, die nachzubringende Replik vorzuschützen, somit auch nicht gesagt werden könne, der Anwalt habe wenigstens in Ansehung der fragl. Replik als Procurator dagestanden, so könne nach der Praxis des O.A.Gs der Restitutionsgrund qu. nur als unzureichend angesehen werden.

39.

Versehen des öffentlichen Anwalts als Restitutionsgrund.

I. In S. Frankenstein ca. Ockstadt nahm das O.A.G. laut Eintrags in das Notizenbuch an, daß es kein einem Rest.gesuch entgegenstehendes Hinderniß sei, wenn solches von der Parthie darauf gestützt werden wolle, daß der frühere Anwalt aus Rechtsirrthum sich einer Versäumniß in formalibus schuldig gemacht habe, vorausgesetzt, daß die sonstigen Bedingungen zur Rest.ertheilung vorhanden seien.

II. In S. Gemeinde Offenthal ca. Fürsten v. Isenburg-Birstein, Laubholen im Offenthaler Forst und Besitz betr., rescribirte das O.A.G. dem Hofg. in D. am 28. Febr. 1836: Dagegen erscheint das spätere Rest.gesuch an sich keineswegs unbegründet, da Rechtsirrthümer der Anwälte in Beziehung auf Formalien mit einer Versäumniß aus Fahrlässigkeit auf gleicher Linie stehen. Wir würden uns daher zu einer Abänderung Ihrer Verfügung veranlaßt sehen, wenn nicht der Umstand entgegenstünde, daß das Gesuch um W. E. von dem nämlichen Anwalt aus-

Digitized by Google

gegangen ist, welcher die Versäumniß verschuldete, mithin die auf ein solches, nach den Gesetzen formell unzulässiges Gesuch erfolgte Versagung der R. nicht angefochten werden kann ꝛc.

III. In S. der Käufer der ehemal. Landsiedelgüter zu Vilbel Joh. Konrad Determeiers Erben u. Cons. ca. den Centralfiskus wurde gegen die von einem öffentlichen Anwalt aus Fehlsicht und Unachtsamkeit begangene Nachlässigkeit in Verfolgung eines Rechtsmittels, nachdem vorher die Rest.Janten ein zur Begründung ihres Rest.gesuchs für erheblich erachtetes Moment (daß ihnen nämlich der Anwalt von dem Urtheile, gegen welches nachträglich noch ein Rechtsmittel verfolgt werden wollte, keine Kenntniß gegeben) eidlich bekräftigt hatten, die nachgesuchte W. E. ertheilt. Rel. von 1824 — 29. —

IV. In S. des Vorstands der israelit. Gemeinde zu Offenbach ca. die Erben des Banquiers M. Speyer zu Frankfurt, in welcher Sache der Anwalt der Ersteren aus Unachtsamkeit versäumt hatte, mit einer Urkundenbeweisantretung das erforderliche Editionsgesuch zu verbinden, und in welcher später von einem andern Anwalt um Restitution nachgesucht worden war, um hierdurch die Zulassung einer durch Verbindung mit dem geeigneten Editionsgesuche verbesserte Beweisantretung zu erwirken, wurde vom O.A.G. am 25. Juni 1829 diesem Gesuche stattgegeben, indem der Referent von der Ansicht ausging, daß unter Umständen selbst gegen Mißgriffe und Versehen der Anwälte aus irriger Rechtsansicht den Parthieen Rest. zu Theil werden könne. Dabei wurde besonders erwogen, daß die fragliche Versäumniß von solcher Art sei, daß sie einer gänzlichen Versäumung des Beweistermins dem Grunde und der Folge nach gleichstehe, und ebenso zu beurtheilen sei, als wenn ein Anwalt es unterlasse, gegen ein Erkenntniß ein Rechtsmittel einzuwenden. —

V. In S. des Rentamtmanns Weiß ca. Hoftanzmeister Lepitre in Darmstadt wurde 1838 vom O.A.G. angenommen, daß das Versehen eines Anwalts in der materiellen Behandlung einer ihm übertragenen Sache an und für sich als erheblicher Rest.grund nicht betrachtet werden könne, und wurde demzufolge das die Zulassung einer versäumten Replik bezweckende Rest.gesuch des Klägers verworfen. —

VI. In S. Reinach zu Frankfurt ca. die Ehefrau des Friedrich Hensel zu Okarben z. S. d. E. ca. Gem. Okarben hatte der Anwalt des Ersteren es versäumt, die im Sinn des Nr. 136 der O.A.GsPräj. zur Anfechtung der Habilität eines Experten erforderlichen Bescheinigungen beizubringen, und es wurde darauf hin, wegen Nachlässigkeit des Anwalts, um R. nachgesucht. Es wurde indessen durch Urtheil O.A.Gs v. 12. April 1854 das Rest.gesuch verworfen, indem man in jener Unterlassung des Anwalts eine Fehlsicht desselben in der materiellen Behandlung der Sache, die als Rest.grund nicht gelten könne, erkannte. —

Digitized by Google

VII. Ueber Versehen des öffentlichen Anwalts als Rest.grund sind außerdem noch folgende Relationen des O.A.Gs zu vergleichen: 1) Andreas Diehl ca. Gebrieder Ziemer zu Umstadt, 1811; 2) Hofintendant Rosenberg'sche Intestaterben zu Mörfelden ca. die Ehefrau des Schneiders Arras in Darmstadt, 1818; 3) Fürst v. Isenburg-Birstein ca. Bondon, 1828 (vgl. System §. 50 Note 3); 4) Isenburg-Büdingen ca. Gemeinde Haingründau, 1845 (vgl. System §. 55 Note 7, Nr. I, 5); 5) die unter Nr. 33. 34. 38. 55. der Belege mitgetheilten Rechtssachen; — ganz besonders aber 6) der Rechtsfall Schaller und Lessing ca. Dermer, 1864, mitgetheilt im Archiv für pr. R. W. N. F. II. S. 204.

VIII. In S. Freistift Wallenstein ca. Grafen v. Schlitz gen. Görtz hatte das O.A.G. am 22. Febr. 1825 Urtheil erlassen, gegen welches das Stift ein Rechtsmittel nicht interponirte, und am 17. Mai war sodann declaratorisches Dekret erfolgt. Nun legte das Stift durch einen neuen Anwalt Nichtigkeitsbeschwerde ein und bat um R. gegen den Ablauf des decendium mit Rücksicht auf eine Bescheinigung des früheren Anwalts. Durch die angeordnete Vernehmung dieses Anwalts ergab es sich, daß er dem advocatus causae des Stifts, einem Frankfurter Anwalte, das Erk. v. 22. Febr. erst nach eingetretener Rechtskraft mitgetheilt hatte, daß aber die Versäumung der Interpositionsfrist bezüglich des Inhäsivdekrets vom 17. Mai dem advocatus causae zur Last fiel. Das O.A.G. verfügte am 11. Oct. 1825: in B., daß nach der Erklärung des vor. Anwalts, sowohl in Ansehung des Bescheids v. 22. Febr., als in Ans. des decl. Inhäsivdekrets vom 17. Mai, jedenfalls die gesetzliche R.B.-Frist versäumt worden ist, während rücksichtlich des Letzteren zugleich die Versäumniß der Interp.Nothfrist lediglich auf Rechnung des adv. causae und nicht auf die des vor. Procurators kommt, wird das angebrachte R.-Gesuch abgeschlagen. —

Das O.A.G. hatte das Secretariat angewiesen, den früheren Anwalt mit der Verwarnung zu vernehmen, seine Angabe so einzurichten, wie er im Stande sei, solche eidlich zu erhärten. Der Anwalt erklärte sich zur Beeidigung seiner Angabe bereit, dieselbe unterblieb aber.

40.

Die Vorschrift des Gem. Besch. v. 9. März 1807 (vgl. mit O.A.GsRescript v. 9. Jan. 1817) und das Ges. v. 1. Mai 1830, Art. 12, wonach der säumige Anwalt nicht mehr zur Prozeßführung zugelassen

Digitized by Google

werden soll, leidet auch auf den Fiscalanwalt und den Syndicus piorum corporum Anwendung und sie gilt auch, wenn der Gegner die Restitution nachgibt.

I. Vgl. zunächst den in Bopp's Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege ꝛc. Bd. III S. 130 erörterten Rechtsfall.

II. In S. Centralfiskus ca. den Kgl. Bayr. Oberst-Silberkämmerer v. Wambolt zu Aschaffenburg, Entziehung der Nachsteuer ꝛc. betr., hatte der Fiscalanwalt die Frist zur Rechtfertigung der Berufung beim O.A.G. versäumt. Er bat selbst um Rest., indem er auf Pflichten versicherte, daß die Versäumniß lediglich auf einem Versehen seinerseits beruhe, und sich zugleich auf die jura minorum des Fiskus bezog. Das O.A.G. schlug aber durch Dekret v. 27. Oct. 1838 das Gesuch ab, „weil solches nicht durch denselben Anwalt, welcher die eingetretene Versäumniß verschuldet habe, vorgebracht werden konnte."

III. In S. der Stadt Hirschhorn ca. Forstfiskus, Besitz betr., wurde durch den Fiscalanwalt um Rest. gegen den Ablauf des von ihm bei dem Hofg. in D. (als I. J.) versäumten Beweistermins zur Einbringung von Urkunden gebeten. Das O.A.G. wies indessen das Gesuch durch reformatorisches Urtheil vom 27. Febr. 1839 wie angebracht ab, indem es in den Entscheidungsgründen zu erkennen gab, daß die Rest. ertheilt werden solle, sobald sie durch einen anderen Anwalt nachgesucht werde. Nunmehr gab die Stadt H. die Rest. im Wege der Vereinbarung nach, und, hierauf gestützt, bat der Fiskalanwalt nochmals selbst um die Restitution. Das Hofg. in D. eröffnete aber dem Fiskalanwalt durch Verfügung vom 13. Juni 1839: „daß zwar die von der Klägerin nachgegebene Rest. nicht weiter beanstandet werde, daß der Fiscalanwalt aber . . . als Anwalt in dieser Sache nicht mehr zugelassen werden könne, da über Punkte, welche die Disciplinarbefugnisse des Richters betreffen, ein Vergleich nicht stattfinden könne, mithin nichts Anderes übrig bleibe, als daß sich seine Parthie durch einen anderen Anwalt vertreten lasse." Auf hiergegen erhobene Remonstration verfügte das Hofg. am 4. Juli 1839: „daß die Remonstration, da . . . die Disciplinarbefugnisse des Richters, wie bereits ausgesprochen, durch Privatübereinkommen der Parthien nicht aufgehoben werden könnten, und das hier vorliegende besondere Verhältniß des Fiskus zu seinem besoldeten Anwalt, an allgemeinen Bestimmungen Nichts änderen . . . könne, als unbegründet abgewiesen werde." Die an das O.A.G. verfolgte a. Beschwerde wurde durch Verf. v. 9. Nov. 1839 „aus den in den hofgerichtlichen Verfügungen angeführten Gründen" verworfen.

Digitized by Google

IV. In S. Baufiskus, Kl. ca. Pfarrer Textor und Genossen auf der Dampfmühle bei Geinsheim, Abtretung v. Eigenthum zu öffentlichen Zwecken betr., hatte der Fiskalanwalt eine Frist versäumt. Als er nachmals selbst um Rest. einkam, verwarfen das Landg. und Hofg. die Rest. aus hier nicht interessirenden Gründen, das O.A.G. aber nur deßhalb, „weil in der unternommenen Entschuldigung der fragl. Frist kein zureichender Grund zur Rest. des Klägers resp. des Vertreters desselben zu finden sei", mit der nachträglichen Erläuterung: „daß das Rest.gesuch lediglich mit Rücksicht auf die Versäumniß des Vertreters des Fiskus verworfen worden, letzterem daher unbenommen sei, ein auf diese Versäumniß gegründetes Rest.gesuch durch einen anderen Anwalt zu übergeben." Verf. v. 30. Nov. 1860. — Nachmals wurde die durch einen andern Anwalt erbetene Rest. ertheilt. —

V. In S. der Kirche Hofheim, Kl. ca. Cameralfiskus, Anschaffung und Unterhaltung der Kirchenparamente in Hofheim betr., hatte der Syndicus piorum corp. cathol. selbst um Rest. wegen der versäumten Beweisfrist gebeten. Das Hofg. in D. wies das Gesuch aber zurück, „da der besonders angestellte und besoldete Syndikus nach der Praxis des Hofgs bei Behandlung von Prozessen den übrigen Anwälten ganz gleichgestellt sei." Der Syndicus querulirte hiergegen an das O.A.G., indem er namentlich geltend machte, daß das Verhältniß des Syndicus dem eines anderen Anwalts der Parthie nicht gleich, deßhalb die Praxis des Hofgs nicht richtig sei; durch Annahme eines andern Anwalts würden nur die pia corpora in Schaden versetzt, indem der Syndicus überhaupt besoldet sei, der neue Anwalt nun noch besonders bezahlt werden müsse. Das O.A.G. schlug indessen durch Dekret v. 5. Juli 1848 die Beschwerde „unter Bezugnahme auf die im Dekret des Hofgs angeführten Motive" als unbegründet ab. —

41.

Haftbarkeit des öffentlichen Anwalts für die Versehen seiner Scribenten.

I. In S. der Gemeinden des ehemal. Gerichts Kirtorf gegen Forstfiskus, Schutz im Besitz von Holzabgaben betr., hatte der Fiskalanwalt das Decendium versäumt und wurde ihm daher durch Dekret v. 25. April 1838 eröffnet, daß auf seine Rechtsmitteleinwendung keine Rücksicht genommen werden könne. Mittels Vortrags vom 15. Mai ej. kam er um Rest. ein, indem er auf Pflichten versicherte, daß er den Vortrag qu. zur gehörigen Zeit gefertigt, sein Scribent aber solchen zu bestellen unterlassen

Digitized by Google

habe. Durch Dekret O.A.Gs vom 30. Mai 1838 wurde indessen das Gesuch abgeschlagen, „da der Anwalt für die Nachlässigkeit seines Schreibers haften müsse."

II. In S. der Gemeinde Günterfürst, Provocatin ca. Georg Walther II. und Cons. das., Ansprüche an den die Allme genannten Wald betr., war die bei dem O. A. G. einzureichende O.A.Rechtfertigungsschrift am letzten Tage der Frist (also rechtzeitig), jedoch fälschlich auf dem Hofgericht abgegeben worden, so daß sie beim O.A.G. einen Tag zu spät einlangte. Auf diesen Umstand wurde bei Erlaß der Comp. u. Inhib. keine Rücksicht genommen. Bei dem über die O.App. erstatteten Gutachten machte der Referent darauf aufmerksam, bemerkte aber, daß dieser Mangel nicht von Bedeutung sei: „Das sehr entschuldbare Vertragen des O.Appslibells hat man schon bei dem Erlaß der Comp. u. Inhib. nachgesehen." Das O.A.G. berücksichtigte denn auch den Mangel nicht. — Concl. v. 20. Dez. 1839.

42.

Barbara Kröll von Enzheim, Kl. ca. Joh. Georg Nickel zu Glauberg, Bekl., uneheliche Schwängerung betr. 1831.

Restitution zum Zwecke der Zurücknahme eines zugeschobenen und angenommenen Haupteides.

Bedingungen einer solchen Zurücknahme überhaupt und wenn sie auf minor aetas gestützt werden will.

B. K. klagte bei dem Amt. G. gegen G. N. als ihren angeblichen Schwängerer. Der ihr auferlegte Beweis, „daß Bekl. den Beischlaf mit ihr vollzogen, sie davon schwanger geworden und derselbe Vater ihrer tragenden Leibesfrucht sei", wurde für verfehlt erklärt und sie schob daher dem Bekl. den Schiedseid zu, den Letzterer annahm. Da erklärte sie, sie wolle beweisen, daß der Bekl. einen so vertrauten Umgang mit ihr gehabt, daß derselbe ihr sogar die Nacht aufgepaßt habe, und damit bewirken, darzuthun, daß Bekl. falsch schwöre, und zwar mit drei Zeugen. Nach gepflogener Verhandlung wurde erkannt, daß es bei Annahme des zugeschobenen Eides sein Bewenden behalte, und dieses Erkenntniß in den zwei höheren Instanzen bestätigt. In zweiter Instanz war zugleich ob minorem aetatem der Klägerin Rest. gegen die Eideszuschiebung nachgesucht worden. — Der Referent des O.A.Gs bemerkte: Es wird auf die beiden Fragen ankommen: 1) Kann der deferirte und acceptirte Eid durch das Erbieten, den Beweis durch Zeugen führen zu wollen, zurückgenommen werden? 2) Kann der Minderjährigkeit halber durch die Eideszuschiebung W. E. i. d. v. St. ertheilt werden?

Digitized by Google

Die erste Frage wird nach der Bestimmung unserer P. O. Thl. 2 Tit. 5 §. 2 zu beurtheilen sein.

Im vorl. Falle hatte Bekl. den ihm von der Klägerin deferirten Eid alsbald pure acceptirt, als Klägerin die Eideszuschiebung zurücknehmen wollte; demnach würde sie hierzu nur dann berechtigt gewesen sein, wenn sie vermocht hätte, durch vorhin ihr unbekannte Zeugen darzuthun, daß Bekl. manifesto einen Meineid begehen würde. Klägerin hat drei Zeugen aufgeführt, ohne diese als neuaufgefundene zu bezeichnen, und in dem Libell vor. J. gibt ihr Anwalt zu, daß die Zeugen nicht neu aufgefunden seien. Klägerin wollte durch die Zeugen den Thatumstand erweisen, „daß Bekl. ihr sogar die Nacht aufgepaßt habe." Daß aus nächtlichem Aufpassen des Bekl. noch nicht gefolgert werden könne, daß derselbe manifesto einen Meineid begehen würde, wenn er schwöre, nicht Vater des Kindes der Klägerin zu sein, bedarf keiner Ausführung. Nach der P. O. kann also Klägerin die Eideszuschiebung durch den angebotenen Zeugenbeweis nicht zurücknehmen.

Ueber die zweite oben aufgestellte Frage erklärt sich Ulpian in L. 9. §. 4 de jurejurando dahin: ꝛc. Nach diesem Gesetz wird also ebensowohl bei dem Gesuche der Minderjährigen um W. E. gegen eine Eidesdelation die Nachweisung einer vorliegenden Läsion erfordert, wie bei jedem anderen Gesuche um W. E. i. d. v. St., es fragt sich daher, ob eine solche im gegenwärtigen Fall vorliege? Referent verneint diese Frage, indem er namentlich bemerkt: Daß der der Klägerin obliegende Beweis durch das Zeugniß des nächtlichen Aufpassens des Gegners nicht erbracht werden könne, dies ist klar; es liegt also darin, daß sie zu diesem Beweise nicht zugelassen worden, keine Verletzung für sie, im Gegentheil könnte eine solche, nach Umständen, aus der Zulassung zu jenem Zeugenbeweise für sie entstehen; nach mißlungenem Zeugenbeweise würde sie, wenigstens nach der, als die richtigere angenommenen Meinung der Rechtslehrer, Coccei in J. controv. Lib. 12. T. 2. Q. 27; Glück Comment. Thl. 12 S. 307, zur Eidesdelation nicht wieder zurückkehren können ꝛc.

Der Correferent bemerkte: Ich bin mit dem Antrage ganz einverstanden. Die OAppellantin will durch Zeugen beweisen: Der OAppellat habe einen so vertrauten Umgang mit ihr gehabt, daß derselbe ihr sogar in der Nacht aufgepaßt hätte, und will damit darthun, daß derselbe falsch schwören würde. Daß dadurch der rechtskräftig auferlegte Beweis der Schwängerung nicht hergestellt werde, mithin keine Läsion denkbar sei, fällt von selbst in die Augen.

Digitized by Google

43.

Gastw. Heinr. Ludw. Merle zu Homberg, Kl., Widerbekl. Aanten u. OAnten ca. Simon Kunz u. dessen Erben zu Holzhausen, Bekl. rc. Forderung u. Gegenforderung betr. 1825.

Restitutionsgesuch gegen einen acceptirten Haupteid zur Verhütung des Meineids.

Die Restitution kann nur auf Grund neu aufgefundener Beweismittel erlangt werden. Eine mit der Klage übergebene Urkunde kann später keinesfalls als neuaufgefunden angesehen werden, auch wenn sich Implorant zum Restitutionseid erbietet. Ist der Meineidsbeweis nicht vollständig erbracht, so kann der Eid nicht nochmals deferirt, auch nicht auf ein juramentum legale erkannt werden. Die erfolgte Annahme des Schiedseides hindert an sich nicht die Restitution zum Behuf der Verfolgung von Appellation gegen das Beweiserkenntniß. Quadriennium.

Nach geschlossenem ersten Verfahren war der Kläger und Widerbeklagte pro petito zur Herausgabe der Wiesen und der gezogenen Nutzungen verurtheilt worden, es sei denn, daß er nachweisen könne, „daß die fraglichen Wiesenstücke bei dem Verkauf der ganzen Erbportion ausgenommen, oder mittelst Verjährung von Kläger wieder an sich gebracht worden seien." — Gegen dieses Erk. ergriff Kläger die Berufung an das Hofg. in G. und richtete seine Beschwerde darauf, daß bei der Widerklage ein nichtiges Geschäft zum Entscheidungsgrund gedient habe und ein unnöthiger Beweis auferlegt worden sei. Das Hofg. bestätigte indessen durch Erk. vom 24. Mai 1816 den Amtsbescheid. Nach Verzicht auf die angezeigt gewesene Oberappellation trat Kläger seinen Beweis an, unter eventueller Eideszuschiebung, und nachdem die primäre Beweisführung für verfehlt erkannt worden war, schob er dem Bekl. den Eid zu, den letzterer acceptirte. Product erklärte sich im Termin zur Eidesleistung bereit, der Kläger aber bat, unter Ueberreichung einer Vorstellung mit Beweisartikeln, ihn wegen neu aufgefundener Thatsachen zum Eide und demnächst zum Beweise derselben durch die aufgeführten Zeugen zuzulassen. Das Hofg. erkannte reformatorisch, daß der Kläger mit dem angebotenen Zeugenbeweis des zu besorgenden Meineids noch zuzulassen sei. Dieser Beweis würde für verfehlt erkannt. Kläger aber querulirte, daß er nicht zum Erfüllungseid seines Beweises zugelassen worden sei. Das Hofg. verwarf diese Beschwerde. Kläger wendete sich an das O.A.G. und verfolgte 1) Oberappellation im früheren Sinne, 2) Restitution zum Zwecke der Verfolgung der Oberappellation gegen das frühere Hofgserkenntniß vom 24. Mai 1816. Zu 1 suchte OAnt zu deduciren, daß die vernommenen

Digitized by Google

Meineidszeugen zu seinen Gunsten gesprochen hätten, und versuchte sich außerdem auf sonstige frühere Beweismittel, auch auf eine bereits mit der Klage übergebene Urkunde, d. d. 26. Januar 1787, zu stützen, indem er sich auf Arch. f. civ. Pr. Heft I Nr. 22 S. 303 berief und daraus zu beweisen suchte, daß durch die Zurücknahme des zugeschobenen Eides das ganze Beweisverfahren in die Zeit zurückgetreten sei, in welcher es sich vor der Beweisantretung befunden habe. Eventuell erklärte er sich zur Ableistung des Restitutionseides bezüglich der Urkunde von 1787 bereit. Zu 2 wurde geltend gemacht, daß der seiner Zeit abgelegte Verzicht auf die OAtion nur im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit des Gegners erfolgt sei u. s. w. —

Das O.A.G. verwarf indessen die Oberappellation und ebenso die Restitution.

Zu 1 wurde vom Referenten im Wesentlichen ausgeführt: Da einestheils der Meineidsbeweis verfehlt, über die ursprüngliche Beweisführung aber rechtskräftig abgeurtheilt sei, so könne nicht auf den Erfüllungseid erkannt werden. Durch die Eideszurücknahme werde die Sache in die Zeit versetzt, wo die Zuschiebung erfolgt sei, und es erschienen alle Beweismittel ausgeschlossen, denen ein Urtheil resp. der Ablauf einer früheren Frist entgegenstehe. Die mit der Klage übergebene Urkunde könne nicht mehr zugelassen werden, denn a) erscheine die Angabe des OAnten, daß er von der in der Urkunde enthaltenen Abrechnung keine besondere Kenntniß gehabt habe, als Unwahrheit, und der angebotene Calumnieneid sei deßhalb unzulässig; b) sei deren Beweiskraft rechtskräftig verneint; c) sei sich in der Beweisfrist nicht auf die Urkunde berufen worden. Eine Restitution, möge man sie als remedium, oder beneficium betrachten, vermöge nicht begründet zu werden. Denn es handle sich nicht um ein neu aufgefundnes Beweismittel, und der Rest.eid könne nicht abgeleistet werden. Das beneficium falle aber hier weg, theils weil den Imploranten eine Nachlässigkeit treffe, und theils weil die Restitutionsfrist von 4 Jahren vom 10. Juni 1816 (event. 3. Oct. 1817) abgelaufen sei.

Zu 2 war Referent der Ansicht, daß die Restitution verjährt sei.

Der Correferent bemerkte: Ich halte die Beschwerde des OAnten gegen das (den amtlichen Bescheid vom 21. April 1820 bestätigende) Hof-Gserk. vom 10. Sept. 1823 ebenfalls für völlig unbegründet, und insbesondere auch den Antrag desselben, ihm den Gebrauch der Abrechnungsurkunde vom 26. Jan. 1787 als neu aufgefundenes Beweismittel zu gestatten ꝛc. für ganz unstatthaft, indem ich den in dieser Beziehung von dem Herrn Referenten entwickelten Gründen nur noch die Bemerkung hinzufüge, daß nicht nur die bewährtesten Rechtslehrer längst darin einig sind, daß sich der Deferent an die Stelle des von ihm revocirten, bereits acceptirt gewesenen Eidesantrags, n a c h Ablauf der Beweisfrist, nur solcher Beweismittel bedienen könne, welche sich als wirklich neu aufgefunden

Digitized by Google

darstellen, Glück Erl. der Pand. Thl. XII §. 802 S. 306, ibique de DD. not. 96 alleg.; Grolmann Theorie des gerichtl. Verf. (II. Aufl.) §. 92; Gönner Handb. d. Pr. Thl. II, Abh. 39 §. 4 u. 5; sondern daß auch unsere Prozeßordnung Thl. II, Tit. 5 §. 2 if. in dem fraglichen Falle nur den Gebrauch solcher „vorhin unbekannt gewesener Dokumente oder Zeugen" gestattet, „wodurch klärlich dargethan werden könnte, daß derjenige Theil, so den de- oder referirten Eid abzuschwören übernommen, manifesto einen Meineid begehen würde." Auf den Grund dieser Bestimmung hat auch das oberste Tribunal in S. Kolbin zu Biedenkopf ca. Wild daselbst im Jahre 1797 angenommen, daß, wenn ein solcher neu angetretener Beweis nicht vollständig erbracht worden, mithin der Meineid nicht manifesto erwiesen werde, der Eid alsdann nicht von Neuem deferirt, oder auf ein juramentum legale erkannt werden könne. Daß aber, wenn man auch dem OAnten jetzt noch den Gebrauch aller übrigen von ihm berührten Beweismittel gestatten könnte, dadurch der Beweis eines Meineids doch nicht vollständig hergestellt werden würde, fällt in die Augen. — Daß der OAnt durch das frühere HofGserkenntniß vom 10. Juni 1816 wirklich gravirt worden sei, und deßhalb, wenn die Anfangs dagegen eingelegte Berufung prosequirt worden wäre, hätte reformirt werden müssen, davon bin auch ich lebhaft überzeugt. Ich vermag mich indessen von der Zulässigkeit der von dem OAnten dermalen, nach einem Zeitverlauf von vollen acht Jahren, gebetenen Restitution gegen die Rechtskraft des gedachten Erkenntnisses und den von demselben ausdrücklich und stillschweigend geleisteten Verzicht auf jenes Rechtsmittel ebenwohl nicht zu überzeugen und vereinige mich demnach auch in dieser Hinsicht mit dem Antrag des Referenten auf Verwerfung des Restitutionsgesuchs.

44.

Samuel Idstein v. Badenhausen, Bekl., ca. Jüdel Östreichs Wedaf., Kl. 1838.

Restitutionsgesuch behufs Zurücknahme eines acceptirten Schiedseids. Remedium, oder Beneficium restitutionis?

Ein auf Rücknahme eines Haupteides gerichtetes Rest.gesuch ist verwerflich, wenn aus dem Vorbringen des Restitutionsimploranten nicht geschlossen werden kann, daß Implorat einen Meineid schwören würde. Abweisung des Gesuchs wegen mangelnder Competenz durch das Hofg. hindert das O.A.G. nicht, auf das Materielle des Restitutionsgesuchs einzugehen.

Es wurde die Forderung der Klägerin im Verlauf der Verhandlungen liquid. Beklagter formirte eine Gegenforderung nnd es wurden ihm

Digitized by Google

drei Momente cumulativ zu erweisen auferlegt, von denen es sich schließlich nur noch um das dritte handelte. Der Beweis des Widerklägers wurde für verfehlt erklärt und die Eidesdelation vorbehalten. Als es zur Ableistung des Eides kommen sollte, protestirte der Deferent, indem er behauptete, durch neu aufgefundene Beweismittel darthun zu können, daß sich das Factum nicht also verhalte, wie der Wiederkläger schwören wolle, und daß diese einen Meineid begehen werde. Ö. We. bestritt die Competenz des LandGs. über diese Restitution zu erkennen und focht das Gesuch auch materialiter an; das LandG. erkannte jedoch zu Gunsten des Imploranten. Das HofG. verwarf auf Appellation das Rest.gesuch nur wegen Incompetenz des Unterrichters, ohne sich auf die materialia causae einzulassen, indem es aussprach, daß das von dem Bekl. vorgebrachte Rest.gesuch angebrachter Maßen abzuweisen sei. S. J. ergriff dagegen die Oberberufung und bat principaliter um Wiederherstellung des Landgerichtserkenntnisses.

Der Ref. des O.A.Gs bemerkte: Mir scheint das Verhältniß der Sache ziemlich klar. Ich gebe zwar zu, daß der Unterschied zwischen dem beneficium und dem remed. rest. i. int. in einzelnen Fällen schwierig zu finden ist, allein die allgemeinen Unterschiede sind ebenso bekannt, als wenig in concreto eine besondere Schwierigkeit in der Distinction vorliegen dürfte. Das Beneficium rest. kommt nicht nur im Prozeß, sondern auch bei andern Rechtsgeschäften vor, beruht auf den im Edict des Prätors angegebenen Gründen, Thibaut Pand. §. 1005, und ist, wenn von einer WiederE. i. d. v. Std. im gerichtl. Verfahren die Rede ist, immer principaliter gegen einen einzelnen Akt im Laufe des Prozesses gerichtet, als Folge dessen Aufhebung auch *zuweilen* die Aufhebung eines Erkenntnisses eintreten *kann*. Dagegen ist das, erst durch Reichsgesetze und Praxis begründete remedium rest. in integrum wegen neu aufgefundener Thatsachen, RsAbsch. v. 1533 §. 5; K.G.O. v. 1555, Thl. III Tit. 52; Thibaut §. 1254; Gönner Handbuch III N. 66; Heffter Inst. S. 502; Bayer Civ.Prozeß S. 529, ein rein prozessualisches Rechtsmittel und nur gegen eine Sentenz gerichtet, sowie dieses auch aus unserer VO. vom 12. April 1806 hervorgeht. Daß nun aber in concreto nur allein von dem remedio rest. ex capite novorum contra sententiam die Rede sei, ist mir nicht zweifelhaft. Denn wenn der oantische Sachverwalter im Wesentlichen zu verstehen geben will, daß es sich in unserem Falle um Wegräumung eines einzelnen prozessualischen Aktes, nämlich um die Acceptation eines deferirten Eides, also nicht um Wegräumung eines Erkenntnisses drehe, so beruht diese Ansicht, wie auch bereits in vorderer Instanz von der Klägerin geltend gemacht worden ist, augenscheinlich auf einem Irrthum, indem mit der bloßen Wegräumung des deferirten und acceptirten Eides dem OAnten nicht gedient sein kann, da er ja durch *bloße* Annullirung dieses Aktes — indem der weitere Beweis bereits

Digitized by Google

früher für verfehlt erklärt wurde — deterioris conditionis werden würde. Diese Tendenz allein wäre also unpraktisch. Er will vielmehr und muß, soll anders sein Antrag Realität haben, wollen, daß er gleichzeitig mit neuen Beweismitteln gegen die in drei Instanzen ergangene Sentenz, wodurch sein Beweis für verfehlt erklärt wurde, zugelassen werde, und diese Beweismittel sind die Zeugen, deren Abhör er, nach vorgängiger Ableistung des Rest.eides, verlangt, und welche, wie klar vorliegt, pos. 3 des Beweisinterlocuts herstellen sollen. — Nur so ist auch die Bestimmung unserer PO. Thl. II Tit. 5 §. 2, auf welche sich, sowie auf das gedr. Präp. 37, OAnt mit Unrecht bezieht, zu verstehen, wenn dort verordnet wird, daß von einem bereits acceptirten Eid wieder abgegangen werden könne, wenn vermöge vorhin unbekannt gewesener Dokumente oder Zeugen klärlich dargethan werden könnte, daß derjenige Theil, so den br- oder referirten Eid abzuschwören übernommen, manifesto einen Meineid begehen würde. Es ist hier unzweifelhaft ausgesprochen, daß durch Nova der vorhinige Stand wieder hergestellt w. müsse, und es kann daher in unserem Falle um so weniger gegen die Natur des remedii rest. ein Bedenken erhoben werden, als die Nova des OAanten eine Sentenz wegräumen sollen. Nun aber bestimmt die P. O. Th. I Tit. VII §. 6: „jedoch wann ein Theil sich annoch per rest. i. int. zu helfen vermeinte und die Requisite zu erweisen getraute, demselben bei derjenigen unserer fürstl. Regierungen, worunter der vorige Richter steht, darum nachsuchen" ꝛc., und gibt also deutlich zu erkennen, daß das Remed. rest. gegen ein von den Untergerichten gesprochenes Urtheil bei den Mittelgerichten verfolgt werden müsse. Davon aber, daß es in einem Rest.fall des Th. II Tit. 5 § 2 bezüglich der Competenz anders, als wie im Thl. I Tit. 7 §. 6 bestimmt, gehalten werden solle, enthält die P.O. überall Nichts und ebenso wenig erwähnt sie im Thl. II l. c. des Beweises, den der Deferent führen muß, wenn anders die Rücknahme des Eides irgend ein praktisches Interesse haben soll. Hier also bleibt es bei allgemeinen, insbesondere den Bestimmungen des Thl. I. l. c. — Steht das bisher Gesagte richtig, so war die OAtin wohl befugt, wie geschehen, in erster Instanz die exc. fori incompetentis vorzuschützen, und das Gr. Hofg. hatte Recht, indem es diese Incompetenz durch sein Erkenntniß aussprach. Darüber, ob es nicht zulässig und besser gewesen wäre, zur definitiven Beendigung des schon so lange andauernden Rechtsstreits nach dem Antrag der Referenten vor. Instanz auch in das Materielle des Rest.gesuchs gleichzeitig einzugehen, wird, insoferne das hohe Tribunal mit meinen bisherigen Ausführungen einverstanden sein sollte, nicht zu untersuchen sein, weil von Seiten der OAtin keine Beschwerde erhoben worden ist. — Durch das bisher Entwickelte scheint mir auch zur Genüge dasjenige widerlegt, was der OAtionslibell enthält. Allerdings hat das Landg. vorerst nur Restitution gegen den acceptirten Eid (bedingt) ertheilt, allein diese Restitution

Digitized by Google

und die verfügte Abhör der Zeugen trägt die Restitution gegen die Sentenz in ventre, und darüber stand dem Landg. keine Cognition zu. Meine Ansicht stimmt hiernach mit derjenigen des judicii a quo dahin, daß das Landg. S. über die nachgesuchte Restitution incompetenter geurtheilt habe, und daß somit das desfallsige Gesuch von dem genannten Landg., als vor dasselbe nicht gehörig, hätte abgewiesen werden sollen, überein. Ich erachte daher die erste und Principalbeschwerde des OAnten für unbegründet ꝛc.— Könnte die materielle Beurtheilung des Rest.gesuchs hier in Frage kommen, dann würde ich mich mit den Ausführungen des Referenten v. J. einverstanden erklären, da ich nicht zu erkennen vermag, daß das Vorbringen des OAnten einen Meineid manifesto indicire. Antrag: Abschlag der OAtion. Der Corref. war einverstanden.

Conclusionsnote: In der Sitzung vom 17. März 1838 nahm das Tribunal per majora an, daß die Competenz des Landgs zur Entscheidung über die Restitution begründet gewesen sei, weil es sich hier nicht um das durch Thl. I d. P. O. Tit. 7 §. 6 an die Mittelgerichte verwiesene remed. rest., sondern das beneficium rest. handle, denn — wurde concludirt —, die noviter reperta (welche allerdings unter andern Umständen das Remedium begründen) seien, weil durch sie allein keine Rücknahme eines bereits acceptirten Eides bewirkt werden könne, in concreto nicht das entscheidende Moment, sondern es sei dies nach Thl. II Tit. 5 §. 2 der P.O. das Erbieten, den Meineid zu erweisen. Vorzugsweise an diesen Beweis sei die besondere Folge der Rücknahme des bereits acceptirten Eides geknüpft, und dieser Beweis werde vi beneficii zugelassen. — Ebenso wurde weiter per majora angenommen, daß man, obgleich das Gr. Hofg. nicht in die materialia eingegangen sei, darum keinen Anstand nehmen dürfe, über die Frage: ob das Erbieten zum Beweis des Meineides, wie vorgebracht, relevant sei, zu judiciren, weil der Oberrichter so erkennen müsse, wie von dem Unterrichter hätte erkannt werden sollen. — Und da nun nach dem Vorbringen des Rest.Janten ein Meineid nirgends — namentlich nicht in subjectiver Hinsicht — indicirt erscheine, so ging der Beschluß dahin: die gegen das HofgsErk. nachgesuchte App.Prozesse aus dem letzteren Grund abzuschlagen und diesen Grund in dem Bescheid auszudrücken.

45.

Restitutionsgesuch gerichtet gegen einen abgeschwornen Schiedseid und das darauf erfolgte Erkenntniß, sowie gegen die auf das letztere gebaute neue Entschädigungsklage, auf Grund angeblichen Meineids.

Lichtenstein v. Gr.-Umstadt ca. Koch We in Hering. 1860. 1861.

Digitized by Google

Remedium, oder Beneficium? Unzulässigkeit der Uebertragung der in einem Prozesse ertheilten Restitution auf einen anderen, wenn auch connexen Prozeß.

L. hatte gegen die K. We eine Klage auf Cession ihrer Güterkaufschillinge erhoben und damit wegen bevorstehender Auswanderung der K. ein Arrestgesuch verbunden, indem er die Ausfertigung der Kaufbriefe und die Ertheilung der Auswanderungserlaubniß zu inhibiren bat. Die Bekl. widersprach dem Klaggrund und machte mit Rücksicht auf den inzwischen angelegten Arrest wegen Verzögerung ihrer Auswanderung mehrere Entschädigungsforderungen geltend. Das Landg. erkannte auf Beweis des Klaggrunds, die Entschädigungsansprüche der K. wurden, Liquid. vorbehältlich, für gesetzlich begründet anerkannt. Nachdem die K. den ihr über den Klaggrund zugeschobenen Eid abgeschworen, wurde die Klage abgewiesen. — Nunmehr trat die K. mit einer Klage auf Schadensersatz gegen L. auf, in welcher sie zunächst die früheren, auf die Verzögerung der Auswanderung gestützten Entschädigungsforderungen, dann aber einen früher noch nicht erhobenen, aber auf gleichem Rechtsgrund basirenden Schadensersatzanspruch geltend machte. Es wurde auf Beweis erkannt und Beweis und Gegenbeweis für zulässig erklärt. Bei dieser Sachlage reichte L. ein R.G. ein, worin er angeblich neu entdeckte Zeugen dafür benannte, daß die Klägerin den ihr im früheren Prozeß zugeschobenen Eid wissentlich falsch geschworen habe, und, sich zum R.Eid erbietend, um Rest. sowohl gegen die in jenem früheren Rechtsstreite anberaumte Beweisfrist, als auch gegen alle später in jener Rechtssache erlassenen Urtheile, insbes. das Enderkenntniß, zugleich aber auch um Abweisung der hierauf gegründeten neueren Klage bat. Das Landg. wies dieß Gesuch angebrachtermaßen ab, weil es nicht in dem früheren Prozesse, wohin es gehöre, vorgebracht worden sei, worauf Appellation an das Hofg. in D. Der Ref., dessen Ansicht gebilligt wurde, motivirte seinen auf Abschlag der Prozesse gerichteten Antrag wie folgt: Der Entscheidungsgrund des LGs habe zwar eine in der äußeren Ordnung des Verfahrens liegende Berechtigung, sei aber doch nicht zureichend, weil das R.Gesuch auch Abweisuug der neuen Klage bezwecke. Es genüge deßhalb jene formelle Rücksicht nicht, vielmehr hänge die Zulässigkeit des R.Gs von seiner rechtlichen Beschaffenheit und von der Frage ab, ob die gesetzlichen Folgen und Wirkungen der Rest. diejenigen sein könnten, welche Jant daran knüpfen wolle. Das R. G. trage offenbar nicht die gesetzlichen Merkmale des **Benefícii rest.** an sich. Dieser Eigenschaft würde zwar der Umstand nicht entgegenstehen, daß als mittelbare Folge der Rest.ertheilung zwischenliegende rechtskräftige Erkenntnisse beseitigt werden sollten, allein das Wesen jenes **Benef.** bestehe bekanntlich darin, daß es die Abwendung von Nachtheilen bezwecke, welche der Par-

Digitized by Google

thie durch ihre Versäumnisse, oder Versehen erwachsen seien. Der Verlust des früheren Prozesses solle aber nicht durch ein Versehen des L., sondern durch den Meineid der K. entstanden sein. Die Tendenz, das Enderkenntniß im ersten Prozesse wegen des diesem Erk. zu Grunde liegenden materiellen Mangels eines fälschlich abgeleisteten Schiedseides durch neu aufgefundene Beweismittel anzufechten, mit welcher das Gegentheil der beschwornen Thatsache dargethan werden solle, verleihe dem Gesuche die Eigenschaft des Remedii rest. Der Zulässigkeit des Rest.gesuchs stehe nun Folgendes entgegen. Nach dem Petitum wolle Jant als mittelbare Folge des Beweises des Meineids nicht nur die Aufhebung der in dem älteren Rechtstreit ergangenen Erkenntnisse, sondern sofort auch die Abweisung der neueren Klage. Die zwei Prozesse stünden nun zwar in einem sehr engen Causalzusammenhang, allein der Rest.grund, nämlich der in dem früheren Prozesse angeblich geschworne Meineid, könne seine unmittelbaren Folgen auch nur gegen die in jenem Prozesse erlassnen Erkenntnisse und auf dessen Endresultat äußern, welches in der Abweisung der früheren Klage bestanden habe. Gelinge es dem Janten in jenem Prozesse den behaupteten Meineid zu erweisen, so könne er das gewonnene Resultat in dem neuen Prozesse verwerthen. Der aus dem früheren Prozesse abgeleitete Rest.grund des Meineids könne unmittelbar nur in dem älteren Prozesse Wirkung äußern und dürfe nicht auf einen anderen Rechtsstreit, in welchem sich jener Restitutionsgrund nicht ergeben habe, k. H. ausgedehnt werden, wenn auch wirklich zwischen den beiden Prozessen eine materielle Connexität bestehe. Danach sei die Abweisung wie angebracht durch die rechtliche Unzulässigkeit des gestellten Petitums gerechtfertigt. — Erk. vom 12. Oct. 1860. — Hiernächst gelangte die Sache in die höchste Instanz, allein auch hier wurden die Processe abgeschlagen. Die Referenten, deren Anträge genehmigt wurden, waren nicht zweifelhaft, daß es sich hier um das Rechts mittel der R. drehe, und theilten im Uebrigen im Wesentlichen die Gründe der zweiten Instanz. Die Wirkung prozessualischer Restitutionen sei überhaupt auf das Verfahren beschränkt, auf welches sie sich bezögen, und sie könnten nicht nach Belieben auf ein weiteres, ganz in separato stattgehabtes Verfahren herübergezogen werden, was vorzüglich dann anzunehmen sei, wenn, wie in concreto, das mit der Rest. in Verbindung stehende Verfahren als ein selbstständiges, abgeschlossenes Ganzes erscheine, welches bereits an und für sich eine endliche Entscheidung gefunden, während überdieß in dem neuesten Rechtsstreit eine weitere, im früheren Prozesse nicht berührte Entsch.forderung in Frage komme. Die zwischen den beiden Prozessen bestehende materielle Connexität könne in keinem Falle in dem Grade und in dem Umfange Wechselwirkung äußern, daß eo ipso die in dem späteren Prozesse erfolgten Verhandlungen und Entscheidungen zusammenfielen. — E. v. 15. März 1861.

Digitized by Google

46.

Konr. Lang u. dessen Ehefrau zu Wohnfeld, Kl. ca. Kasp. Müller u. Ehefr. zu Haingrün-dau, Bekl., Zurückforderg v. Illaten betr. 1880.

Restitutionsgesuch gerichtet gegen ein den Beklagten zum Erfüllungseid bezüglich einer Einrede zulassendes rechtskräftiges Erkenntniß.

1) Möglichkeit der Anfechtung eines ausgeschwornen nothwendigen Eides nach römischem Recht und Verhinderung eines solchen auf Grund neuer Beweismittel.

2) Möglichkeit der Anfechtung nach hessischem Recht. Die Hess. P. O. Th. II Tit. 5 §. 2 handelt zwar nur vom freiwilligen Schiedseid, ist aber analog auf den nothwendigen Eid, der rechtskräftig zuerkannt ist, herüber zu ziehen. Zur Anfechtung in diesem Sinn ist erfordert der Beweis des drohenden Meineids und zwar durch neu aufgefundene Urkunden oder Zeugen. Ein desfallsiges Restitutionsgesuch ist zu verwerfen, wenn es nach Lage der Akten und resp. der neuen Meineidsbeweisantretung gewiß ist, daß der Meineidsbeweis nicht erbracht werden kann.

Der beklagte Theil war durch rechtskräftiges Urtheil zum Erfüllungseid bezüglich einer Einrede zugelassen worden. Da trat Kläger mit der Behauptung auf: Wenn der Product den ihm zuerkannten Erfüllungseid schwöre, so mache er sich eines Meineids schuldig; damit derselbe nicht falsch schwöre, werde der jetzt noch zulässige Beweis: „daß Product, wenn er schwöre, falsch schwöre", durch Beweisartikel nebst Zeugenbenennung angetreten. Nach gepflogener Verhandlung wies das Untergericht die fragliche Beweisführung ab, indem es am 29. Juli 1828 erkannte: daß, nichtigen Einwands ungehindert, Beklagter zum Erfüllungseid zuzulassen sei. Hiergegen appellirten die Kläger an das Hofg. in G., indem sie im Wesentlichen anführten: Das judicium a quo wolle seine Entscheidung mit dem §. 2 Tit. 5 Th. 2 der P.O. rechtfertigen; allein dieses Gesetz rede nur von einem zugeschobenen und angenommenen, oder referirten, nicht aber von einem nothwendigen Eide. Beide Eide seien so verschieden, daß das, was von jenem gelte, auf den letzteren nicht angewendet werden dürfe. Das Hofg. schlug indessen die Prozesse ab. Die Kläger ergriffen hierauf die Oberappellation. Aber auch das O.A.G. schlug die Prozesse ab. Der Referent, dessen Antrag gebilligt wurde, bemerkte: Hinsichtlich der Frage, ob ein abgeschworner Entscheidungseid angefochten und unwirksam gemacht werden könne? sind die Ansichten der Rechtslehrer nicht ganz mit einander übereinstimmend. In Bez. auf den freiwilligen Eid wird nach l. 31. D. de jurejur. (12, 2) die Frage simpliciter verneint werden müssen, wo-

Digitized by Google

gegen die Anfechtung eines nothwendigen Eides nach demselben Gesetze alsdann für zulässig zu halten ist, wenn sie auf neue Beweismittel gestützt wird. Die Worte des allegirten Fragments sind folgende: ꝛc. Doch soll nach der Praxis erlaubt sein, auch einen freiwilligen abgeschwornen Eid anzufechten, wenn er wissentlich falsch abgeschworen sei, und der Meineid bewiesen werde. Thibaut Pand. §. 1162. Steht dieß richtig, was ich zwar bezweifele, aber an seinen Ort gestellt lassen kann, so würde ein Gleiches nicht nur hinsichtlich des nothwendigen Eides zu statuiren sein, sondern es würde auch bezüglich der Eide, die noch nicht abgeschworen sind, auf deren Ableistung aber die Parthie entweder durch richterliches Erkenntniß oder vermöge Vertrags mit dem Gegentheil ein Recht hat, der Beweis für zulässig gehalten werden müssen, daß der Eid, wenn seine Ableistung erfolgte, ein Meineid sein würde. Wir haben inzwischen in unserer P. O. von 1724 eine Bestimmung, die hierher einschlägt und die obigen Grundsätze, wenn sie als bestehend anzusehen sein sollten, in tantum abändert. Parte II tit. 5 §. 2 heißt es nämlich: ꝛc. Hiernach soll also der Beweis des zu befürchtenden Meineids nur durch neue Urkunden oder Zeugen geführt werden dürfen. Zwar spricht die alleg. Stelle nur von dem freiwilligen Eide, es ist mir aber nicht zweifelhaft, daß sie wegen Gleichheit des Grundes auch auf nothwendige Eide angewendet werden müsse, denn das Recht auf Ableistung eines Eides, das auf einem rechtskräftigen Erkenntnisse beruht, ist mindestens ebenso stark, als das auf der Uebereinkunft unter den Parthieen beruhende, und wenn das röm. Recht einem abgeschwornen freiwilligen Eid die Kraft eines Transacts beilegt und jede Anfechtung desselben verbietet, dagegen in Bez. auf den nothwendigen Eid eine Gegenbeweisführung durch neue Beweismittel zuläßt, so ist nicht zu übersehen, daß in jenem Falle der Transact erst durch wirkliche Abschwörung des Eides definitiv zu Stande gekommen war, die bloße Acceptation eines deferirten oder referirten Eides aber in dem Sinne des röm. Rechts die Wirkung eines unwiderruflichen Vergleichs noch nicht hat. Wenn sodann der saantische Anwalt einwendet, durch die Delation oder Referirung eines Eides gebe man ein Vertrauen in die Gewissenhaftigkeit der Gegenparthie zu erkennen, welches Verhältniß bei dem nothwendigen Eide nicht eintrete, so widerspricht dieser Annahme die Erfahrung, nach welcher die Eidesdelation meistentheils nur als letztes Hilfsmittel in Ermangelung anderer Beweismittel gebraucht wird. Findet die angez. Bestimmung der P. O. auf den gegenwärtigen Fall Anwendung, so kann der von dem OAanten offerirte Zeugenbeweis, da die Zeugen keine neu aufgefundene sind, nicht für zulässig gehalten werden. Dieß ist aber jedenfalls aus dem weiteren Grunde anzunehmen, weil dieser Beweis unter den concurrirenden Umständen keineswegs geeignet ist, die Behauptung zu begründen, daß der OAat, wenn er das suppletorium ableistete, einen Meineid schwören würde. Die von dem Letzteren deno-

Digitized by Google

minirten Zeugen haben ganz zu dessen Gunsten ausgesagt. . . . . Von den durch die OAanten in Vorschlag gebrachten Zeugen sind die drei ersten suspect. Ob es auch die beiden letzten sind, läßt sich mit Bestimmtheit nicht behaupten . . . Mag es sich aber hiermit verhalten, wie es will, so wird immerhin, wenn auch alle die Zeugen zu Gunsten des OAanten deponiren sollten, der von dem OAaten gelieferte Zeugenbeweis dem von jenem anerbotenen direct entgegen stehen und denselben mehr oder weniger schwächen. Der Letztere wird daher niemals vollständig sein können, und dieß um so weniger, da die Zeugen des OAaten über ein positives Factum deponirt haben, die von dem OAanten vorgeschlagenen aber bewahrheiten sollen, daß eine Thatsache nicht stattgefunden habe, und alle in den Artikeln angeführten einzelnen factischen Umstände die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die fragliche Uebereinkunft gleichwohl später zu Stand gekommen sei.

47.

Müller Flath v. Klein-Heppenheim ca. Adam Antes das., Bekl., Wiederherstellung des Mühlwehrs betr. 1842.

Restitutionsgesuch zur Verhütung eines Erfüllungseides des Beklagten.

Nothwendigkeit des Meineidsbeweises. Eintritt derselben.

Durch Bescheid vom 30. Novbr. 1841 war vom O.A.G. reformatorisch erkannt worden: daß der Beweis des Klägers nur bis zum Reinigungseid des Beklagten erbracht zu halten sei. Gegen dieses Erkenntniß verfolgte der klägerische Anwalt das Rechtsmittel der Restitution, welches aber abgeschlagen wurde. Der Referent des O.AGs bemerkte: Nach der neueren Rechtsprechung des höchsten Tribunals kann das vom Kläger geltend gemachte rem. rest. ob novae probationes m. E. in concreto gar nicht zugelassen werden. Das Präj. Nr. 37 der gedr. Sammlung erklärt die Bestimmung der P. O. Th. II tit. 5. §. 2. ff., wonach ein bereits acceptirter freiwilliger Eid wieder zurückgenommen werden kann, wenn mittelst vorhin unbekannt gewesener Dokumente oder Zeugen klärlich dargethan werden kann, daß derjenige Theil, welcher den Eid abzuschwören übernommen, manifesto einen Meineid begehen würde, auch auf den nothwendigen Eid für anwendbar. Demungeachtet hat man auch, freilich nicht consequent, späterhin auch nach auferlegtem nothwendigen Eid, den Restitutionseid und den Gebrauch neuer Beweismittel von Seiten des Gegners dessen, der den Eid ausschwören sollte, unbedingt und ohne Rücksicht darauf, ob durch die neuen Beweismittel ein zu befürchtender Meineid dargethan werde, also das gewöhnliche remed. rest. ob novitor reperta, in der Praxis zugelassen. Durch einen Plenarbeschluß vom 11. März 1842 ist indessen festgesetzt worden: „daß das Präj. 37 bei auferlegten und acceptirten (nothwendigen) Eiden unbedingt zur Anwendung zu bringen sei, und dem zur Folge die Ableistung des acceptirten nothw.

Digitized by Google

Eides nur allein noch dadurch verhindert werden könne, daß die bei Nichtableistung des Eides interessirte Parthie durch vorhin unbekannt gewesene Dokumente oder Zeugen klärlich darzuthun im Stande sei, daß derjenige, welchem der nothwendige Eid auferlegt worden, manifesto einen Meineid begehen würde."

Die Gleichstellung des nothwendigen Eides mit dem freiwilligen in der hier fragl. Beziehung entspricht zwar meiner individuellen Ansicht nicht, indem die angezogene Stelle der P. O. m. E. auf der eigenthümlichen Natur des Schiedseids beruht und keine analoge Ausdehnung auf andere Eide zuläßt. Da indessen die für meine Ansicht sprechenden Gründe erst noch neuerlich in pleno collegii für unhaltbar erkannt worden sind, so kann ich mich zu einer weiteren Ausführung derselben nicht veranlaßt finden, glaube vielmehr die von hohem Colleg adoptirte Ansicht in vorl. Falle zur Anwendung bringen zu müssen. — Dem Beklagten ist durch Urtheil das purgatorium zuerkannt worden. Kläger will die Ausschwörung des Reinigungseids verhindern, er mußte also, um diesen Zweck zu erreichen, nach der Praxis höchsten Tribunals darzuthun im Stande sein, daß Beklagter, wenn er den Eid ausschwören würde, eines offenbaren Meineids sich schuldig mache. Ein flüchtiger Blick auf den Inhalt des Rest.gesuchs ergibt aber, daß aus dem Gebrauch der vom Kläger benannten neuen Beweismittel die Gewißheit eines von dem Beklagten zu begehenden Meineids — also eines wissentlich falschen Eides — auch im günstigsten Fall nicht resultiren kann. Ich mache hier nur darauf aufmerksam, daß es nach Lage der Akten hauptsächlich darum sich handelt, in welcher Absicht die vom Kläger in den Jahren 1811 und 1814 bei Wiederherstellung des Wehrs geleistete Beihülfe von diesem geleistet und vom Besitzer der Mühle des Beklagten angenommen worden ist, daß aber die neuen Urkunden und Zeugen nicht einmal über den animus des Letzteren, noch weniger aber darüber vollständige Gewißheit geben würden, daß dem, dem Besitz des Klägers entsprechende animus des Vorfahren des Beklagten diesem auch bekannt geworden sei. Der Kläger hat auch nicht behauptet, daß Beklagter durch Ausschwörung des Eides einen Meineid begehen würde, ein dasfallsiger Beweis liegt gar nicht in seiner Intention, indem er nur ein Erkenntniß auf den Erfüllungseid verlangt, mithin anerkennt, daß sein Beweis nicht einmal vollständig hergestellt werden könne. Der alleg. Plenarbeschluß spricht zwar in dem Eingang nur von einem acceptirten nothw. Eid, während in substrato eine nach dem Urtheil erfolgte Erklärung des Beklagten, daß er den Eid auszuschwören bereit sei, noch nicht vorliegt. Allein m. E. kann bei dem nothwendigen Eid auf eine Acceptation desselben in der hier fragl. Beziehung durchaus Nichts ankommen. Bei dem freiwilligen Eid erhält der Delat erst durch die Acceptation ein Recht auf die Ausschwörung, bis dahin kann der Deferent beliebig revociren. Anders verhält sich die Sache bei dem nothwendigen Eid,

Digitized by Google

indem hier derjenige, dem der richterliche Eid auferlegt wird, durch das Erkenntniß ein Recht auf dessen Ableistung erlangt. Den Moment der Acceptation insofern als entscheidend zu betrachten, daß nach ihr nur durch den Beweis des Meineids, vorher aber durch das gewöhnliche remed. rest. ob novas probationes die Ausschwörung des Eides verhindert werden könne, dafür scheint mir durchaus kein Grund vorzuliegen, und würde sich eine solche Ansicht um so weniger rechtfertigen lassen, als eine besondere Acceptation des nothw. Eides etwas rein Zufälliges ist und gar nicht vorzukommen braucht, indem die betr. Parthie der an sie ergangenen Aufforderung zur Ableistung des Eides ohne Weiteres entsprechen kann. Abgesehen hiervon hat auch der Beklagte durch seine eventuelle Bitte um Zuerkennung des Reinigungseides in dem bei höchstem Tribunal eingereichten Appellationslibell wenigstens zum Voraus schon seine Bereitwilligkeit zur Ableistung des Eides erklärt. — Ich trage hiernach auf ein Erkenntniß an, wodurch das vom Kläger zur Hand genommene Rechtsmittel der Restitution als unstatthaft verworfen wird.

Der Corref. war mit diesem primären Antrag einverstanden und dem entsprechend wurde am 23. August 1842 concludirt.

48.

Phil. Hartmann v. Seeheim ca. Adam Hartmann das. Anfechtung eines Testaments betr. 1857.

Restitutionsgesuch zur Verhinderung eines den Klägern zuerkannten Erfüllungseides.

Remedium, oder Beneficium? Competenz des höheren Gerichts, welches reformatorisch erkannt hat, ist von Amtswegen zu wahren. P.O. Thl. II. Tit. 5 §. 2 if. Analoge Anwendbarkeit auf den nothwendigen Eid.

Das O.A.G. hatte durch Urtheil vom 13. Febr. 1856 ein Erk. der früheren Instanzen aufgehoben und hierbei einen von den Klägern geführten Beweis für bis zum Erfüllungseid erbracht erklärt. Gegen dieses Erkenntniß verfolgten die Beklagten das Rechtsmittel der Rest. ob nouiter reperta bei dem Landg. Z., welches, gleichwie später das Hofg. in D., auf die Materie des Gesuchs einging. Das Landg. ließ das Gesuch zu, das Hofg. wies es aus materiellen Gründen ab. Auch der Referent des O.A.Gs ging in seinem Vortrag auf die Materie des Gesuchs ein, allein der Correferent bemerkte: „Indem ich mit Rücksicht auf Art. 1 des Ges. vom 12. Juli 1842 der Meinung bin, daß das vorl. Gesetz als gegen das oberstrichterliche Erk. vom 13. Febr. v. J. gerichtet, schon wegen mangelnder Competenz des Untergerichts von demselben hätte zurückgewiesen werden müssen, und daß dieß noch jetzt, und zwar unter Verurtheilung

Digitized by Google

des OAamten in alle betr. Kosten, auszusprechen sein dürfte, wie solches auch schon früher in mehreren anderen Sachen, z. B. Sator ca. Handwerk 1842, geschehen ist, da durch Prorogation der Parthieen einem Untergericht die Jurisdiction des oberen oder obersten Gerichts, wie sie hier für das letztere begründet erscheint, nach der schon gemeinrechtlichen Vorschrift des fr. 18. pr. D. 4. 4. minor autem magistratus contra sententiam majorum non restituet m. E. nicht übertragen werden kann, — trete ich eventuell, falls hiervon abgesehen werden sollte, dem in materieller Beziehung gestellten Antrage bei." Das Colleg trat dem Antrag des Corref. bei und wurde das Gesuch als nicht vor das LandG., sondern das O.A.G. gehörig, wie angebracht abgewiesen. — In materieller Beziehung waren die Referenten der Ansicht, daß das Gesuch als unzulässig abgewiesen werden müsse. Der Ref. hatte insofern bemerkt: Die Frage, ob die Bestimmung der P. O. Th. II Tit. 5 §. 2 if. über Zurücknahme eines bereits acceptirten Schiedseides auch auf einen nothwendigen Eid anwendbar sei, sei durch O.A.GsPräj. 37 bejahend entschieden. Das Hauptargument, auf welches der Beklagte seine Beschwerde stütze, bestehe eigentlich darin, daß der nothwendige Eid, wenn man ihn dem freiwilligen gleichstellen wolle, ebenfalls acceptirt sein müsse, allein diese Argumentation passe nicht auf den nothwendigen Eid, bei welchem eine förmliche Acceptation in der Regel nicht vorkomme, indem sich die Parthie statt deren nur realiter durch Sistirung auf die Ladung zur Eidesableistung bereit erkläre; bei dem nothw. Eid erhalte derjenige, zu dessen Gunsten auf ihn erkannt worden sei, schon durch die Rechtskraft des auf den Eid erkannten Urtheils einen Anspruch auf dessen Ableistung, während derjenige, welchem ein Schiedseid angetragen werde, erst durch dessen Acceptation ein Recht auf dessen Ableistung erlange. Hiernach sei in concreto eine Acceptation nicht nothwendig gewesen, um für den Beklagten die Verbindlichkeit zu begründen, nachzuzeigen, daß die Kläger, falls sie den Erfüllungseid schwören sollten, subjectiv falsch schwören würden. Anthes ca. Flath 1842; Sator ca. Handwerk 1842. Diesen Punkt habe aber Beklagter gar nicht berührt, während eine Begründung in dieser Hinsicht nach den Worten der P. O. „klärlich dargethan werden könnte" ganz unerläßlich gewesen sei. 1857. —

49.

Restitutionsgesuch gegen ein den Widerkläger zum Erfüllungseid zulassendes Erkenntniß.

Wolf We in Groß-Gerau, Kl., Widerbeklagte ca. Jakob Mager in Gräfenhausen, Bekl., Widerkläger Fordr. betr. 1859.

O.A.GsPräj. 37 erst mit eingetretener Rechtskraft anwendbar. Das Vorhandensein der Rechtskraft ist nach der Einreichung des Gesuchs zu beurtheilen. Die Thatsachen, worüber die Zeugen ver-

Digitized by Google

nommen werden sollen, sind genau anzugeben. Bedeutung des Ausdrucks der VO. v. 1806 „vor Erlaß" des Urtheils.

Der von dem Wiederkläger geführte Beweis war bis zum Erfüllungseid erbracht erkannt worden. Wiederbekl. zeigte Appellation an und die gesetzl. Rechtfertigungsfrist trat in Lauf. Zwei Tage vor Ablauf dieser Frist reichte der Wiederbekl. ein Rest.gesuch wegen mehrerer neu aufgefundener Zeugen ein, in welchem er anführte, die Zeugen könnten über die Negative des Beweissatzes aussagen. In der Gegenerklärung änderte er aber die letztere Behauptung dahin, daß er durch die Zeugen nur mittelbar und auf künstlichem Wege das Resultat der gegnerischen Beweisführung angreifen wolle. Das LandG. D. ließ das Gesuch zu, indem es dem Imploranten den Rest.eid dahin auferlegte: „daß er von dem neuen Einbringen vor Erlaß des auf den Reinigungseid sprechenden Urtheils keine Kenntniß gehabt habe." Der Wiederkläger verfolgte Appellation an das HofG. in D., indem er namentlich hervorhob, daß, da durch nunmehr rechtskräftiges Urtheil auf den Erfüllungseid erkannt sei, nur dann um Restitution hätte gebeten werden können, wenn der Beweis des drohenden Meineids versucht worden wäre. Diesen Einwand hielt indessen der Referent, dessen Anträge das Colleg billigte, nicht für begründet, weil die Nothwendigkeit des Meineidsbeweises erst mit der Rechtskraft des auf den nothwendigen Eid sprechenden Erkenntnisses eintrete, in concreto aber das Gesuch noch vor eingetretener Rechtskraft eingereicht sei, und es nur auf die Zeit der Einreichung ankomme, gleichviel ob die Mittheilung des Gesuchs erst nach Ablauf der Rechtfertigungsfrist erfolgt sei und bezwse das betr. Urtheil nach Einreichung des Gesuchs die Rechtskraft beschritten habe. Dagegen hielt der Referent das Gesuch deßhalb für verwerflich, weil nicht genügend angegeben sei, was durch die Zeugen erwiesen werden solle und also die Erheblichkeit derselben nicht beurtheilt werden könne. Implorant habe seine ursprüngliche Angabe insofern geändert, und schon diese Abänderung mache das Gesuch verwerflich, jedenfalls müsse aber da, wo künstlicher Gegenbeweis geführt werden solle, genau angegeben werden, in welcher Weise dieß geschehen solle. — Zu einer eventuellen Beschwerde des Imploranten hinsichtlich der Eidesformel — statt „vor Erlaß" zu setzen „vor Mittheilung des Urtheils an die Parthieen" — hatte Referent bemerkt, der Ausdruck der VO. v. 12. April 1806 „vor Erlaß" sei (bei noch nicht eingetretener Rechtskraft) gleichbedeutend mit „Mittheilung an die Parthieen", ein Urtheil sei erst erlassen, wenn es mitgetheilt sei, die Eidesformel enthalte also keine Beschwerde. E. v. 13. Mai 1859. —

Digitized by Google

50.

Restitutionsgesuch gegen ein dem Beklagten den Reinigungseid zuerkennendes rechtskräftiges Urtheil.

M. u. J. Kahn zu Ginsheim, Kl. ca. Ph. Rauch V. das., Bekl., Schadensersatz betr. 1854.

Meineidsbeweis ist dann noch nicht erfordert, wenn sich der Beweisführer eventuell Eidesdelation vorbehalten hat. P.O. Th. II. Tit. 5. §. 2. O.A.GsPräj. 36 und 37. HofGsPräj. 98.

Das Hofgericht in D. hatte nach stattgehabter Beweisführung des Klägers, welcher sich eventuell Eideszuschiebung vorbehalten hatte, reformatorisch dem Beklagten den Reinigungseid zuerkannt. Nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses bat der Kläger um Restitution wegen eines nach dem Urtheil aufgefundnen Zeugen, indem er sich zum Rest.eid erbot. Der Referent des Hofgerichts, bei welchem das Gesuch angebracht wurde, war der Ansicht, daß nach O.A.GsPräj. 37, vgl. mit HofGsPräj. 98, in einem Fall, wie der vorliegende, dargethan werden müsse, daß der Bekl. manifesto einen Meineid schwören würde, und beantragte nur eventuell Zulassung des Zeugen vorbehältlich der Ableistung des Restitutionseids. Der Correferent hielt aber den in den angezogenen Präjudizien ausgesprochenen Grundsatz nur auf die Fälle anwendbar, wo der Product bereits ein unbedingtes Recht auf Ableistung des nothwendigen Eides erworben habe, was aber nicht anzunehmen sei, wenn, wie in concreto, dem Producenten noch die Wahl des Schiedseides zustehe, und war daher für den eventuellen Antrag des Referenten. Das Colleg trat dem Antrage des Correferenten aus dem von ihm hervorgehobenen Grunde am 22. Dez. 1854 bei. Vgl. Not.B. Nr. 324.

Auch von dem Referenten war (trotz der Annahme, daß nur durch den Beweis drohenden Meineids Restitution erlangt werden könne) das Restitutionsgesuch ohne Anstand als Remedium rest. angesehen worden.

51.

Restitutionsgesuch gegen ein dem Kläger den Reinigungseid rechtskräftig zuerkennendes Urtheil bei vorbehaltener Eidesdelation.

J. Goldschmidts Erben zu Sprendlingen, Bekl. ca. G. Hunkel v. da, Kl., Fordr. betr. 1858.

Wann tritt die Nothwendigkeit des Meineidsbeweises ein? Begründung des desfallsigen Gesuchs.

Es war Schwurtermin für den von dem Kläger abzuleistenden Reinigungseid anberaumt. Beklagter protestirte hiergegen, weil ihm der Schiedseid vorzubehalten sei, und bat um Aussetzung des Termins und

Digitized by Google

Gestattung einer Frist, um von dem vorbehaltenen Schiedseid gutfindenden Gebrauch zu machen, widrigenfalls Verzicht auf dieses Beweismittel von seiner Seite unterstellt werden würde. Die Frist wurde erstreckt und lief mit dem 4. April ab. Am 6. dess. M. wurde wiederholt um Frist gebeten. Am 8. dess. M., noch ehe Verfügung auf das Fristgesuch ertheilt war, erklärte Bekl., er wolle von dem eventuell zugeschobnen Eid Gebrauch machen, kam aber am 12. dess. M. beim Hofg. in D. (von welchem reformatorisch auf den Erfüllungseid erkannt worden war) um Restitution wegen eines neu aufgefundenen Zeugen, welcher über eine bestimmte Thatsache aussagen sollte, ein. Dieses Gesuch wurde nach dem Antrage des Ref., dem der Corref. beigestimmt hatte, am 13. December 1858 verworfen, weil im concreten Falle nur dann Rest. zu erlangen gewesen sei, wenn hätte dargethan werden können, daß der Kläger manifesto einen Meineid schwören würde, durch dasjenige aber, was Beklagter jetzt durch den neuen Zeugen erweisen wolle, kein Meineid des Klägers dargethan werde. Aus der Begründung des Referenten, wodurch die Nothwendigkeit des Meineidsbeweises motivirt wurde, sei Folgendes hervorgehoben: Das O.A.Gspräj. 37, verglichen mit HofGspräj. 98, sei auf den vorliegenden Fall anwendbar. Der Eintrag Nr. 324 des Notizenbuchs des HofGs bestimme zwar, daß der in jenen Präjudicien enthaltene Grundsatz nur auf den Fall zu beziehen sei, wo der Product bereits ein unbedingtes Recht auf Ableistung des nothwendigen Eides erworben habe, was jedoch dann nicht anzunehmen sei, wenn dem Producenten noch die Wahl des Schiedseides offenstehe, allein Referent könne nicht annehmen, daß dem Beklagten noch die Wahl des Schiedseids zustehe. Kläger habe nach Lage der Sache entweder das Recht, den Reinigungseid auszuschwören, oder aber das Recht, sich auf den von dem Beklagten vorbehaltenen Schiedseid einzulassen. Das letztere Recht werde von dem Beklagten mit Unrecht bestritten. Letzterer habe definitiv die Wahl vorgenommen, denn es sei die Frist zur Ergreifung des Schiedseides versäumt und hierdurch sei die Wahl für den Reinigungseid entschieden, wolle man aber auch eine stillschweigende Fristerstreckung annehmen, so habe ja Beklagter von dem eventuell vorbehaltenen Eid am 8. April definitiven Gebrauch gemacht und habe also die Wahl insofern nicht mehr. Hieran ändere es auch Nichts, daß die Eideszuschiebung dem Gegner noch nicht zur Erklärung mitgetheilt worden sei. Wie Linde Lehrb. des gem. d. Processes §. 303 lehre, so seien die möglichen Veränderungen mit dem Beweismittel der Eidesdelation von dem Lauf der Beweisfrist abhängig, und da die Beweisfrist abgelaufen gewesen und beziehungsweise von der letzten 14tägigen Frist Gebrauch gemacht worden sei, so habe der Vorbehalt der Eidesdelation nicht mehr suspendirt werden können. Producent habe innerhalb der gestatteten Frist von derselben Gebrauch gemacht und nach Ablauf derselben habe von einer Wahl keine Rede mehr sein können.

Digitized by Google

Das Restitutionsgesuch wurde von dem Hofgericht ohne Anstand als das Remedium rest. behandelt.

52.

Fürst zu Isenburg-Birstein ca. Gemeinde Sprendlingen. 1847.

Restitutionsgesuch gegen ein die Klägerin zum Erfüllungseid zulassendes rechtskräftiges Urtheil, gestützt darauf, daß die nachträglich beigebrachten Beweismittel erst nach Ablauf der Beweisfrist aufgefunden worden seien, dann aber der Anwalt versäumt habe, solche vor dem Urtheil einzubringen.

Rechtsmittel gegen die das Gesuch abweisende Verfügung. Remedium und Beneficium rest. cumulirt. O.A.GsPräj. 37 und dessen Anwendbarkeit auf den concreten Fall. Das Nichtdienlicherachten ist für Hessen kein Restitutionsgrund mehr. Nothwendigkeit ausdrücklicher Behauptung des drohenden Meineids.

Innerhalb der vorgeschriebenen Beweis- und Gegenbeweisfristen war beiderseits Beweis angetreten, es waren die beiderseitigen Beweismittel durch Landgerichtserk. v. 23. Mai 1836, und durch Erk. v. 27. Oct. 1840 noch zwei neu aufgefundene Zeugen zugelassen worden. Nach geschehener Beweisaufnahme erfolgte in erster, dann in zweiter Instanz (12. April 1843) über die Beweisführung Urtheil. Durch Erk. des O.A.Gs vom 13. April 1844 wurde aber dahin reformirt, daß der Gemeinde Sp. der Erfüllungseid zuzusprechen sei. Nunmehr kam Fürst J. um Restitution wegen verschiedener Beweismittel ein, indem er angab:

I. daß er einige Zeugen erst nach dem O.A.Gserk. vom 13. April 1844 aufgefunden habe, und

II. daß einige Beweismittel nach dem Erkenntnisse vom 23. Mai 1836, andere nach dem Erkenntniß vom 27. October 1840 und wieder andere nach dem Hofgerichtserk. vom 12. April 1843 aufgefunden, und nur deßhalb vor dem O.A.Gserk. vom 13. April 1844 nicht eingebracht worden seien, weil der Anwalt, dem sie zeitig mitgetheilt worden seien, dieß säumiger Weise unterlassen habe.

Durch Dekret des O.A.Gs vom 12. Juli und resp. 16. August 1845 wurde verfügt, daß das Restitutionsgesuch, abgesehen von der Frage, ob dasselbe noch formell zuläßig sei, als unbegründet verworfen werde, weil nicht zu deduciren versucht worden sei, daß die Klägerin durch Ausschwörung des ihr auferlegten Erfüllungseides manifesto einen Meineid begehen werde. Auf erhobene Remonstration wurden indessen die fraglichen Verfügungen vorerst außer Kraft gesetzt und eine contradictorische Ver-

Digitized by Google

handlung über das Gesuch eröffnet. In dieser Verhandlung bestritt die implorantische Gemeinde die Zulässigkeit der Abänderung der Verfügungen vom 12. Juli resp. 16. August, da dieselben nach O.A.Gspräj. 74 der Rechtskraft fähige Judicate seien, welche nur durch ordentliche Rechtsmittel hätten angefochten werden können und, da dieß nicht geschehen, die Rechtskraft beschritten hätten. Implorant hob hiergegen namentlich hervor, daß es sich zu II nicht um das eigentliche Remedium rest., sondern um das Beneficium handele, auf welches letztere das Präj. 74 keine Anwendung leide. Zugleich focht er die materielle Richtigkeit des O.A.GsPräj. 37, wodurch die Nothwendigkeit des Bew. drohenden Meineids auch auf den nothwendigen Eid übertragen werde, an und behauptete eventuell dessen Unanwendbarkeit auf das Beneficium rest. Endlich kam er

III. mit einem weiteren Restitutionsgesuche ein, in welchem er abermals wie zu II einige Beweismittel geltend machte, welche nach den Erkenntnissen von 1836, 1840 und 1843 aufgefunden, aber durch Säumigkeit des Anwalts vor dem O.A.Gserk. von 1844 nicht eingebracht worden seien.

In der hiernächst gefolgten Begutachtung prüfte der Referent zunächst zu I und II die Frage, ob der aus dem O.A.Gspräj. 74 entnommene Einwand der Imploratin begründet sei, und bemerkte insofern: Nach dem fragl. Präj. könnten Dekrete, welche das Rechtsmittel der Restitution als unbegründet abweisen, nur mittelst ordentlicher Rechtsmittel angefochten werden. In den Verff. vom 12. Juli und 16. August 1845 liege eine Abweisung aus materiellen Gründen, und insoweit also durch die fragl. Verff. das Rechtsmittel der Restitution verworfen werde, seien sie der Rechtskraft fähige Dekrete gewesen. Das Rest.gesuch sei nun zwar nur bezüglich der nach dem O.A.Gserk. v. 1844 aufgefundnen Zeugen als eigentliches Remedium verfolgt worden, den übrigen Beweismitteln solle zunächst nur dadurch Zugang verschafft werden, weil diese schon vor dem O.A.Gserk. von 1844 bekannten Beweismittel durch die Nachlässigkeit des früheren Anwalts nicht eingebracht worden seien. Gleichwohl müsse er aber die Anwendbarkeit des fragl. Präj. behaupten. Insofern die Zulässigkeit dieser Beweismittel auf die Nachlässigkeit des früheren Anwalts gestützt werde, sei es zwar das Beneficium rest., welches Implorant anrufe, allein mittelst dieses solle solchen novis Eingang verschafft werden, welche ursprünglich nur vermittelst des Remedium rest. hätten geltend gemacht werden können, denn die nova seien nach den früheren Erkenntnissen von 1836, 1840 und 1843 aufgefunden worden, und es sei also in Ansehung dieser Erkenntnisse das Remedium erforderlich gewesen. Die desfallsigen Gesuche würden nun zwar nicht an das O.A.G. gehört haben, allein nachdem in höchster Instanz reformatorisch auf den Erfüllungseid der Gemeinde erkannt worden sei, so könne das Rechtsmittel der R. nur

Digitized by Google

noch bei dem obersten Gericht geltend gemacht werden. Seien unter den novis solche, welche nicht nach dem O.A.Gserk. entdeckt worden seien, so könnten dieselben entweder gar nicht berücksichtigt werden, weil der gesetzliche Restitutionseid nicht abgeleistet werden könne, oder sie müßten als vermöge des Remedium geltend gemacht angesehen werden. Hieran ändere es Nichts, daß dem Remedium erst durch das Beneficium der Weg gebahnt werden solle, jenes verliere dadurch seine Natur nicht, vielmehr bleibe es immer das Remedium, um welches es sich handle. Um das eigentliche Beneficium würde es sich nur dann gehandelt haben, wenn die Beweismittel schon vor Ablauf des Beweistermins bekannt gewesen und mittelst einer prätorischen Restitution Wiedereinsetzung gegen den Beweistermin und folgeweise gegen die darauf gefolgten Urtheile gebeten worden wäre. Ein solches Gesuch würde auch nicht in die höchste Instanz, sondern an das Landgericht gehört haben. Hiernach seien die Verff. vom 12. Juli und 16. August 1845 auch in Ansehung der zu II benannten Beweismittel rechtskräftige Dekrete, bei denen es schon deßhalb zu belassen sei. Die Einleitung von Verhandlungen sei an sich keine reformatoria gewesen.

Was die materielle Richtigkeit des Präj. 37 betreffe, so werde das Collog auf einen nochmalige Prüfung nicht eingehen. Im Uebrigen sei Referent zwar weit entfernt, eine ausdehnende Auslegung des fraglichen, seiner persönlichen Rechtsansicht widerstreitenden Präjudices zu befürworten, allein nach dem jetzigen Stand des Prozesses müsse er die Anwendbarkeit des Präj. auf die Restitutionsgesuche II und III behaupten. Denn es handle sich um neu aufgefundene Beweismittel und solche könnten nach dem Präj. nur dann zugelassen werden, wenn damit der Beweis des Meineids beabsichtigt werde. Dagegen könne nicht geltend gemacht werden, daß die ursprünglich neu aufgefundenen Beweismittel durch die Schuld des früheren Anwalts zeitig nicht eingebracht worden seien, denn dieser Umstand könne die Parthie nicht besser stellen, als wenn es sich um wirkliche (nach dem O.A.Gserk. aufgefundene) nova handle. Ebensowenig relevire es, daß, wenn die neu aufgefundenen Beweismittel zeitig eingebracht worden wären, ein Meineidsbeweis noch nicht nöthig gewesen sei. Der jetzige, durch das reformatorische O.A.Gserk. hergestellte Zustand sei ein casus, der den Imploranten höchstens berechtige, gegen den Anwalt Regreß zu nehmen.

Hiernach sei also auch das Restitutionsgesuch III zu verwerfen, denn der Meineidsbeweis sei darin nicht angetreten, und dieß sei unbedingt nöthig gewesen. Es sei keineswegs Sache des Richters, erst demnächst zu prüfen, ob sich nach dem Resultat der Beweisaufnahme ein drohender Meineid ergebe.

Der Correferent bemerkte, die Sache habe bezüglich derjenigen neu eingebrachten Beweismittel, welche dem früheren Anwalte des Imploranten

Digitized by Google

bereits vor dem O.A.Gerk. von 1844 angeblich mitgetheilt, von diesem aber nicht benutzt worden seien, und denen nun zunächst mittelst des Beneficii rest. noch Zugang verschafft werden wolle, ihre zweifelhaften Seiten, gleichwohl conformire er sich mit dem Antrag auf Verwerfung der verschiedenen Restitutionsgesuche.

Am 9. Juli 1847 trat das Collegium den Anträgen der Referenten bei.

53.

Isenburg-Büdingen ca. Gemeinde Haingründau, Störung und Entziehung der Holz- u. Weidegerechtigkeit im Büdinger Wald betr. 1845.

Voraussetzungen der Retractatio juramenti und Folgen derselben.

In der alleg. Rechtssache hat das O.A.G. angenommen:

a) Das Präj. Nr. 37 der gedr. Sammlung, wonach ein bereits acceptirter freiwilliger oder nothwendiger Eid nur unter den darin bemerkten Voraussetzungen zurückgenommen werden kann, kommt hinsichtlich der Zurücknahme eines acceptirten Schiedseides auch dann zur Anwendung, wenn von dem Richter bezüglich der Ausschwörung dieses Eides noch nicht erkannt oder, wie die P. O. Thl. II Tit. 5 §. 2 if. sich ausdrückt, von dem Richter hierunter noch nicht interloquirt worden ist.

b) Die an die Acceptation des Eides sich knüpfende Wirkung, daß ein solch acceptirter Eid nur alsdann zurückgenommen werden kann, wenn klärlich dargethan werden kann, daß der andere Theil manifesto einen Meineid begehen würde, kann auch dadurch nicht beseitigt werden, daß um Restitution gegen die von dem Prozeßgegner geschehene Eidesacceptation, gestützt auf eine Saumseligkeit des Anwalts, nachgesucht wird. Denn wenn auch der Anwalt in der Lage gewesen sein sollte, schon vor erfolgter Acceptation des Eides denselben zurückzunehmen und ihm andere Beweismittel zu substituiren, und wenn auch der Anwalt in deren Benutzung säumig gewesen sein sollte, so kann doch die gegentheilige Acceptation des Eides nicht als eine unmittelbare Folge jener Saumseligkeit des Anwalts und eben darum nicht als ein zur Restitution geeignetes Verhältniß betrachtet werden. Dieß um so weniger, als, wenn ein Anwalt, den besonderen Stand des Prozesses unbeachtet lassend, es versäumt, vor erfolgender Acceptation des zugeschobenen Eides denselben zu retractiren, um hierdurch seine Parthie des schwierigen Beweises eines von dem Prozeßgegner begangen werdenden Meineids zu überheben, resp. um die retractatio juramenti seiner Parthie zu erleichtern, diese Versäumniß nur als eine Versäumniß in der zweckmäßigen Betreibung der Sache angesehen werden kann, gegen derartige Versehen eines Anwalts

Digitized by Google

aber nach einer constanten Praxis des obersten Gerichts nicht restituirt wird.

c) Die retractatio juramenti und der damit verbundene Gebrauch neuer Beweismittel bewirkt übrigens nicht, daß hiernach selbst alsdann nicht mehr auf die Eideszuschiebung zurückgegriffen werden kann, wenn jene versuchte Zurücknahme des Eides für unstatthaft erklärt werden sollte. Denn die Zulassung der neuen Beweismittel muß als stillschweigende Bedingung für die Wirksamkeit der retractatio juramenti angesehen werden, und wenn diese Bedingung nicht eintritt, dann muß es der Parthie unbenommen sein, von der Eideszuschiebung annoch Gebrauch zu machen resp. auf den Eid wieder zurückzugreifen. —

Urtheil vom 24. Sept. 1845.

54.

F. Heerdt ca. Peter Horst zu Lensel. 1862.

Restitution zur Beseitigung eines abgeschworenen Schiedseids und des darauf gebauten Urtheils.

Die Anfechtung ist gestattet, wenn vollständig erwiesen wird, daß der Delat wissentlich falsch geschworen habe, und ist dieselbe nach den Grundsätzen des durch die VO. vom 12. April 1806 regulirten Remedium rest. zu beurtheilen. Unmöglichkeit der Herbeischaffung von Beweismitteln. Beginn des Quadriennium.

Das Hofg. in G. ist in der alleg. Sache von folgenden Grundsätzen ausgegangen: Nach römischem Recht konnte, einen einzigen Fall ausgenommen, ein ausgeschworner Schiedseid nicht angefochten werden, selbst wenn der Gegner den Beweis des Meineids führen konnte. Die Carolina gestattete die Anfechtung, sobald eine Verurtheilung des Schwörenden wegen Meineids stattgehabt. Die gemeinrechtliche Praxis ging weiter, indem sie auch ohne eine solche Verurtheilung den Beweis des Meineids im Civilverfahren gestattete. Unsere P. O. erwähnt der Anfechtung eines Schiedseids nicht, dagegen hat sich unsere Rechtsprechung mit dem gem. Recht dahin entschieden, daß ein abgeschworner deferirter Eid und das darauf gebaute Erkenntniß wegen neu aufgefundner Beweismittel angefochten werden könne, wenn vollständig erwiesen wird, daß der Delat wissentlich falsch geschworen habe. Diese Anfechtung ist nach den Grundsätzen des remedii rest. ob non reperta zu beurtheilen, und es unterliegt keinem Zweifel, daß nach Inhalt des in der VO. vom 12. April 1806 vorgeschriebenen Restitutionsbeweises nicht blos wirklich neu aufgefundene, sondern auch solche Beweismittel in Betracht kommen, von denen der Restituent

Digitized by Google

zwar Kenntniß hatte, welche er aber aller Mühe ohngeachtet nicht herbeischaffen konnte. — Das Quadr. läuft im letzteren Falle vom Tage der Beseitigung des Hindernisses. — E. v. 29. März 1862.

55.

Wallhaus zu Stockhausen jetzt Landenhausen, Kl. ca. v. Riedesel in Lauterbach. 1855.

Restitutionsgesuch nach rechtskräftigem, auf einen nothwendigen (Erfüllungs-) Eid erkennendem Urtheil zur Einbringung verschiedener, von dem öffentlichen Anwalt versäumter Beweismittel.

Remedium und Beneficium restitutionis. O.A.GsPräj. 37. Anwendbarkeit desselben auf den concreten Fall. Restitutionsbittfrist. Contumacialkosten. Versäumniß des öffentlichen Anwalts als Restitutionsgrund. Relevanz der Beweismittel.

Der beklagte Theil war zum Erfüllungseid zugelassen worden. Nach eingetretener Rechtskraft kam der kläg. Anwalt um Rest. gegen dieses Erk. ein, indem er eine Anzahl von Gegenbeweismitteln einbrachte, welche der frühere Anwalt angeblich nachlässiger Weise zu benutzen unterlassen habe. Dieses Gesuch wurde von dem HofG. in I. Instanz abgewiesen. Implorant appellirte. Aus den Verhandlungen des O.A.Gs entnehmen wir Folgendes. Nachdem der Ref. zunächst 1) bemerkt hat, daß auch mittelst des beneficii rest., soweit es sich auf Versehen und Versäumnisse der öffentlichen Anwälte stütze, gegen ein rechtskräftiges Urtheil aufgekommen werden könne, fährt er fort: Von größerer Erheblichkeit scheint mir 2) der . . . aus O.A.GPräj. 37 entnommene Entscheidungsgrund zu sein, denn es hat sich die Rechtsprechung dem angef. Präj. und einer Reihe späterer Entscheidungen zu Folge: in S. Sator gegen Handwerk, 1842, Hitzel gegen Glockengießer, 1844, Fr. Anthes gegen Flath, 1842, Stadt Münzenberg gegen Grafen von Solms-Laubach, Schäferei-Gerechtsame betr., 1846, dahin fixirt: daß gegen ein rechtskräftig gewordenes richterliches Erkenntniß, wodurch die eine Parthei zu einem nothwendigen Eide, dem Erfüllungs- oder Reinigungs-Eide, zugelassen wird, gestützt auf neu aufgefundene Beweise nur dann mit Erfolg um Restitution nachgesucht werden könne, wenn mittelst dieser neu aufgefundenen Beweise klärlich dargethan werden könne, daß die Gegenparthei, falls sie jenen Eid ausschwören sollte, manifesto einen Meineid begehen würde. Da nun die klägerische Gegenbeweisführung, welcher jetzt noch mediante restitutione Eingang verschafft werden soll, auf den Nachweis eines zu besorgenden Meineids keineswegs gerichtet ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das vorliegende Rest.gesuch keine Beachtung verdienen würde, wenn jenes Prä-

Digitized by Google

judiz auf den vorliegenden Fall Anwendung leiden sollte. Dieses Letztere muß ich indessen bestreiten. Denn sowohl das Präjudiz. Nr. 37, als dasjenige, worauf in demselben Bezug genommen wird, Nr. 36, reden von dem Falle, wenn die nachgesuchte Restitution auf neu aufgefundene Beweise gestützt wird, sie haben also offenbar das deutschrechtliche remed. restit. contra rem judicatam im Auge und können deßhalb auf einen Fall nicht ausgedehnt werden, wo, wie in concreto, der Rest.grund nicht in Entdeckung neuer Beweise, sondern in der von dem früheren Anwalt des Klägers angeblich verschuldeten Versäumung der Gegenbeweis-Antretung besteht, wo also nicht jenes remedium, sondern das von unserer Partikular-Gesetzgebung näher ausgebildete s. g. benef. restit. zur Hand genommen worden ist. Will ich auch auf den Unterschied, den man gewöhnlich zwischen dem deutschrechtlichen remed. rest. und dem s. g. benef. rest. zu machen pflegt, kein sonderliches Gewicht legen, auf die Unterscheidung nämlich: daß das remed. rest. direct und unmittelbar gegen die ergangene Entscheidung gerichtet sei, das benef. rest. aber zunächst nur die Zulassung einer versäumten Handlung bezwecke, und dabei die Beseitigung eines in der Mitte liegenden Erkenntnisses nur als indirecte, mittelbare Folge der Restitution erscheine, v. Linde Civilproceß §. 423, Gensler im Arch. f. civ. Pr. 4. B. 8. 121 — 123, will ich auch hierauf darum kein Gewicht legen, weil beide Rechtsbehelfe doch in ihren Folgen mit einander übereinstimmen, und jene Unterscheidung daher im Grunde auf eine juristische Spitzfindigkeit hinauslaufen dürfte; — so läßt sich doch nicht läugnen, daß in Absicht auf die dabei zu beobachtenden Formalien, namentlich die einzuhaltenden Fristen, sowie in Absicht auf deren materielle Begründung zwischen beiden ein sehr wesentlicher Unterschied besteht, und bei dieser Verschiedenheit scheint mir eine analoge Anwendung der in den Präjudizien Nr. 36 und 37 bezüglich des remed. rest. aufgestellten Grundsätze auf das hier in Rede stehende benef. rest. durchaus unzulässig zu sein. In Anhung des letzteren kommt vielmehr in Betracht, daß unsere Partikulargesetzgebung ganz uneingeschränkt und ohne alle Unterscheidung die Parteien gegen ohne ihr Verschulden begangene Nachlässigkeiten ihrer Anwälte geschützt wissen will, wenn sie hiergegen in geeigneter Weise und unter Wahrung der gesetzlichen Formalien um Restitution nachsuchen, und daß darum eine in unseren Gesetzen nicht ausgesprochene Beschränkung dieser Rechtswohlthat auch da nicht platzgreiflich sein dürfte, wo deren Ertheilung die Beseitigung eines, auf einen nothwendigen Eid erkennenden, richterlichen Urtheils indirect zur Folge hat. Demgemäß aber muß ich auch den zweiten, aus den O.A.Gerichts-Präjudicien Nr. 36 und 37 entnommenen, von dem Judicio a quo adoptirten Entscheidungsgrund für unerheblich erachten.

Referent führt sodann 3) aus, daß die R.B.Frist, welche, da keine Präclusivverfügung erlassen worden sei, vom dem Ende der Frist laufe,

Digitized by Google

zwar längst abgelaufen sei, dem Juden aber die Bestimmung des G. V. vom 9. Jan. 1817 „wenn nicht von dem Bittenden deßhalb ganz besonders erhebliche Verhinderungssachen angeführt und bescheinigt werden“, zu gut kommen müsse; sowie 4) daß die nach §. 9 des Ges. v. 11. Jan. 1812 erforderte Sicherheitsleistung wegen der Contumacialkosten geleistet sei; und beleuchtet 5) ob der Rest.grund, die schuldvolle Versäumung der Gegenbeweisfrist, als genügend bescheinigt angenommen werden könne. Er bejaht auch diese Frage auf Grund der Handacten. Es beurkunde eine crasse Fehlsicht, wenn der Anwalt in der Meinung gestanden habe, daß Urkunden, welche nicht zeitig als Gegenbeweismittel benutzt worden, in dem demnächstigen Hauptverfahren gleichwohl Berücksichtigung finden könnten, und eine in solcher Fehlsicht begangene Außerachtlassung der ausdrücklichen Instruction seines Clienten stehe mit einer auf reiner Unachtsamkeit beruhenden Nachlässigkeit, wogegen immer Rest. ertheilt werde, auf gleicher Linie. Richtig sei zwar, daß eine Parthie, welche durch die fehlerhafte materielle Behandlung einer Sache aus irriger Rechtsansicht ihres Anw. in Nachtheil versetzt werde, nicht restituirt werde, Weiß ca. Lepitre, 1838, Hofferberth und Eckert ca. v. Löwenstein u. v. Erbach, 1849; allein aus der Rel. in S. Determeiers Erben ca. Cameralfiskus, 1824—29, Israel. Gemeinde zu Offenbach ca. Speier, 1829, Kraus ca. Schäfers Ehefr., 1847, gehe ebenso bestimmt hervor, daß die Praxis alsdann eine mildere Beurtheilung eintreten lasse, wenn sich Anwälte, wie in concreto, einer Vernachlässigung der Prozeßformalien hätten zu Schulden kommen lassen. Adv. W. habe bloß in formeller Behandlung der Sache gefehlt und dadurch den Verlust der Gegenbeweisführung veranlaßt. Es sei unerläßliche Pflicht des Anwalts, keine Hauptfrist, wie diejenige zur Beweis- und G.B.Antretung, verstreichen zu lassen, ohne Instruction eingeholt zu haben. Client habe in concreto seinen Willen, Gegenbeweis zu führen, sogar ausgesprochen gehabt.

... Nachdem schließlich Ref. noch bezüglich der Erheblichkeit eines Zeugen bemerkt hatte, daß die Erheblichkeit der Aussage davon abhänge, ob eine vom Juden behauptete, vom Gegentheil verabredete Editionspflicht der Juden vorliege, welche Pflicht aber wirklich begründet sei, trug er zunächst auf Erkennung der Prozesse an. Nach Anhörung der Imploraten inhärirte der Referent, dem der Correferent in allen Punkten beigetreten war, seiner früheren Ansicht. Es erfolgte aber schließlich Verwerfung der Oblation in Gemäßheit des folgenden Conclusum:

Nachdem in der gestrigen Sitzung des ersten Senats auf erstatteten Vortrag eine Meinungsverschiedenheit über die Frage sich gebildet hatte: „ob nach der Bestimmung unserer Prozeßordnung Theil II Tit. 5 §. 2 in fine und nach dem Präjudize Nr. 37 der gedruckten Sammlung die Zulassung des Prozeßgegners zur Ausschwörung eines ihm auferlegten nothwendigen Eides nur alsdann wirksam angefochten werden könne, wenn

a) mittelst vorhin unbekannt gewesener Documente oder Zeugen klärlich dargethan werden kann, daß derselbe im Falle der Ableistung des Eides b) manifesto einen Meineid begehen würde, ob also, Mangels dieser beiden Voraussetzungen, eine solche Eidesanfechtung mittelst des beneficii restitutionis schlechthin ausgeschlossen sei?" und deßhalb der vorläufige Beschluß gefaßt worden war, diese, die Auslegung eines Präjudiczes berührende, Frage der Entscheidung des Plenums zu unterwerfen, nachdem sodann in der heutigen Plenarsitzung auf deßfalls erstatteten Vortrag diese Frage per majora (mit 7 gegen 6 Stimmen) bejahend entschieden worden war; — so wurde in der hiernächst fortgesetzten Senatssitzung in dem Betracht, daß es in concreto an den angeführten beiden Voraussetzungen, unter welchen allein die Zulassung der Appellaten zur Ausschwörung des ihnen rechtskräftig auferlegten Erfüllungseides hätte angefochten werden können, durchaus gebreche, concludirt: daß die sententia a qua, unter Verwerfung des dagegen ergriffenen Rechtsmittels und unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, lediglich zu bestätigen, die hinterlegten Succumbenzgelder jedoch zurückzugeben seien. — Darmstadt, den 22. October 1855.

56.

Bericht des II. Ausschusses II. Kammer über den Gesetzesentwurf, den Devolutiveffect des Rechtsmittels der Restitution (Beil. Nr. 104) betr.; erstattet von dem Abgeordneten Lotheißen, Beil. Nr. 187 zum 46. Protokoll vom 30. April 1842.

In der Theorie des gem. deutschen Civilprocesses, sowie in der hess. Prozeßgesetzgebung und in der Praxis der Gerichte der Provinzen St. und O. kennt man zwei, nach Form und Materie von einander abweichende Restitutionsmittel — das beneficium restitutionis und das remedium restitutionis in integrum. Durch das in Ermangelung von Partikulargesetzen nach den Grundsätzen des römischen Rechts von der prätorischen Restitution zu beurtheilende beneficium rest. (Rechtswohlthat der Restitution) wird eine Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand gegen unverschuldete oder wenigstens entschuldbare Versäumnisse und Versehen in den Verhandlungen (Formessentialien) eines Rechtsstreits z. B. gegen den Ablauf einer nicht benutzten Frist oder einer Tagfahrt und gegen den hieraus resultirenden Rechtsnachtheil gesucht, mag letzterer schon in einem Dekrete oder Urtheile richterlich ausgesprochen sein, oder nicht. Dieses Restitutionsmittel entbehrt der Devolutivkraft, gehört also zur Cognition des-

Digitized by Google

jenigen Gerichts, vor welchem die Versäumniß ꝛc. in der Verhandlung stattgefunden hat. Das durch die deutschen Reichsgesetze bestätigte und ausgebildete remedium restitutionis (Rechtsmittel der W. i. d. v. St.) dagegen, von welchem der rubricirte Gesetzesentwurf allein handelt, ist ein außerordentliches Rechtsmittel gegen richterliche Erkenntnisse und anwendbar, so oft die Aufhebung, oder Abänderung einer in Rechtskraft erwachsenen oder doch der Rechtskraft fähigen richterlichen Entscheidung auf den Grund von neuen, d. h. in den vorausgegangenen Verhandlungen noch nicht zur Sprache gekommenen erheblichen Thatumständen oder Beweismitteln verlangt wird, die, wären sie zur Zeit des ergangenen vorigen Urtheils schon aktenmäßig und benutzt gewesen, ein anderes Erkenntniß hätten zur Folge haben müssen. Hier wird die ergangene Sentenz nicht als in sich und nach den gepflogenen Verhandlungen rechtswidrig angefochten, der Richter also keineswegs, wie dieses bei dem Gebrauche der devolutiven ordentlichen Rechtsmittel der Appellation und der Revision der Fall ist, eines Irrthums oder einer Fehlsicht beschuldigt, — der Grund des Restitutionsgesuchs liegt in den neuen Merkmalen oder Beweismitteln, also wesentlich darin, daß der Richter, zur Zeit seines vorigen Ausspruchs, die wahren Verhältnisse der Sache nicht gekannt habe. Das neue factische Vorbringen muß aber erheblich, d. h. geeignet sein, entweder an und für sich, oder auch in Verbindung mit den in der vorderen Verhandlung schon enthaltenen factischen Momenten das angefochtene Erkenntniß als beschwerend darzustellen, ohne jedoch die Identität des bisherigen Streitgegenstandes zu verrücken oder zu zerstören. Auch dieses Rechtsmittel der Rest. hat nach der Theorie keinen Devolutiveffect, es muß vielmehr dasselbe bei dem nämlichen Richter angebracht werden, welcher das Erkenntniß gefällt hat, gegen das die Rest. gesucht wird. Es beruht dieser Satz hauptsächlich auf dem doppelten Gesichtspunkte, daß das Rest.gesuch keine eigentliche Beschwerde gegen den vorigen Richter, welchem die wahren Verhältnisse der Sache nicht vorlagen, erhebt, und daß, wenn man bei dem höheren Richter die Restitution suchen müßte, das Recht der ersten Instanz verloren gehen würde. Die in den Provinzen St. und O. geltende hessische Prozeßordnung vom 2. Mai 1724 macht jedoch hiervon insofern eine Ausnahme, als sie dem Rechtsmittel der Rest., sobald dasselbe gegen Erkenntnisse der Untergerichte interponirt wird, unbedingt den Devolutiveffect beilegt. Wird das Rechtsmittel gegen Urtheile eines Mittel- oder des obersten Gerichts gebraucht, dann attribuirt sie ihm, hierin mit der Theorie übereinstimmend, wenigstens in seiner Verbindung mit devolutiven Rechtsmitteln, die gleiche Wirkung. Die hierauf sich beziehenden Bestimmungen der P. O. sind folgende: 1) Im Theil I Titel VII wird im §. 6 verordnet: „daß ꝛc. ꝛc. Nach der Auslegung, welche die Gerichtspraxis dieser Stelle der P. O. gegeben, devolvirt nur das Rechtsmittel der W.E. gegen unterrichtliche Erkenntnisse, gestützt auf

neu aufgefundene Thatsachen oder Beweismittel, an die Mittelgerichte, während in Fällen, in welchen es sich nur um das beneficium rest. handelt, die Untergerichte competent bleiben, selbst wenn das Rest.gesuch gegen ein in Rechtskraft erwachsenes Erkenntniß des Untergerichts gerichtet ist; wovon jedoch wieder die eine Ausnahme besteht, daß Gesuche um W. E. gegen den Ablauf der Frist zur Einwendung eines devolutiven Rechtsmittels gegen unterrichterliche Urtheile an die Hofgerichte gehören. 2) Im Th. II Tit. XI (betr. die gegen Erkenntnisse der Mittelgerichte verstatteten remedia) wird in §. 2 bezüglich ꝛc. bestimmt: ꝛc. 3) Im Th. III Tit. V (von den remediis gegen das bei dem O.A.G. ausgefallene Urtheil) wird im §. 2 bestimmt: „Nebst ꝛc." Das dem Restituenten in der ad 2 allegirten Stelle der P. O. gestattete Wahlrecht ist übrigens längst außer Gebrauch. Schon die O.A.GsO. vom 12. April 1777 hob dasselbe implicite auf, indem sie in ihrem Tit. III §. 1 feststellte: daß ordentlicher Weise bloß diejenigen Rechtsstreitigkeiten vor das oberste Tribunal gehören sollten, welche entweder mittelst der Appellation, oder der Nichtigkeitsbeschwerde, oder wegen verzögerter oder verweigerter Rechtshülfe an selbiges gebracht würden. — Mit Rücksicht auf diese neuere gesetzliche Vorschrift hat daher auch das O.A.G. in Conformität mit dem gemeinen Recht und der Doctrin, in constanter Rechtsprechung dem gegen seine und gegen Erkenntnisse der Hofgerichte gebrauchten remedium rest. die Devolutivkraft nur dann eingeräumt, wenn dasselbe mit dem devolutiven Rechtsmittel verbunden wird. Und auch in diesem Falle entscheidet das oberste Gericht, zufolge eines in seiner Praxis feststehenden Grundsatzes, über das Rechtsmittel der Rest. gleichzeitig nur, wenn das angefochtene Erkenntniß des vorigen Richters ganz oder theilweise reformirt wird, — verweist dagegen das Rechtsmittel der Rest., sobald das damit cumulirte andere und devolutive Rechtsmittel als formell oder materiell unzulässig oder unbegründet verworfen wird, zur Verhandlung und Entscheidung zurück an das Gericht voriger Instanz. Der vorgelegte Gesetzesentwurf hat nun den Zweck, dem Rechtsmittel der Rest. gegen Erkenntnisse die ihm nach der bisherigen Gesetzgebung verliehene Devolutivkraft wieder zu entziehen und dasselbe allemal an den Richter erster Instanz zu verweisen, den Fall ausgenommen, in welchem es mit einem bei dem höheren Richter zu verfolgenden (devolutiven) Rechtsmittel cumulirt wird. Der Gesetzesentwurf will also zunächst u. hauptsächlich die o. sub Nr. 1 allegirte Vorschrift der P. O. (Th. 1 Tit. VII, §. 6) aufheben und den Stadt- und Landgerichten, in Beziehung auf das Rechtsmittel der Rest., eine Competenz verleihen, welche sie bisher nicht hatten. Durch das remedium rest. wird der erfolgte Richterausspruch, obschon er der Lage der Acten vollkommen gemäß ist, nur mit Rücksicht auf die aufgefundenen neuen Thatsachen oder Beweismittel als dem materiellen Rechte nicht entsprechend angefochten. Das Rechtsmittel enthält also keine Beschwerde gegen den Richter; denn dieser trägt

Digitized by Google

nicht die Schuld, daß ihm die wahren factischen Verhältnisse der Sache nicht schon früher vorgetragen worden sind. Fällt aber mit dem Gebrauche des Rechtsmittels der W. E. der Begriff einer Beschwerde hinweg, so fehlt es auch an der gesetzlichen Voraussetzung zur Begründung der Competenz des höheren Richters. Das Rechtsmittel der Rest. gründet sich, wie schon bemerkt, auf neues Vorbringen, worüber in dem bisherigen Verfahren weder verhandelt, noch entschieden worden ist. Devolvirt nun das Rechtsmittel sogleich an den Oberrichter, so wird die erste Instanz übersprungen; es spricht also auch das beiden Parteien zustehende Instanzenrecht dafür, dem Rechtsmittel in der Regel einen Devolutiveffect nicht beizulegen. Endlich läßt es sich auch mit der gesetzlichen Beschränkung der Appellationsfähigkeit nicht vereinigen, eine Rechtssache im Wege der Restitution vor den höheren Richter zu bringen, welche, wegen Mangels der appellationsfähigen Größe des Streitobjects, mittelst des ordentlichen und devolutiven Rechtsmittels der Appellation der Prüfung und Entscheidung des oberen Richters nicht hätte unterlegt werden können. Fälle dieser Art sind bei der bisherigen Gesetzgebung nicht selten vorgekommen und erforderten, weil bei dem Hofgerichte nur schriftliches Verfahren durch Anwälte stattfindet, immer einen größeren Zeit- und Kostenaufwand, als wenn sie bei dem betreffenden Untergericht ausgetragen worden wären. Im Allgemeinen beruht daher der Gesetzesentwurf auf richtigen Erwägungen. Zur Prüfung der einzelnen Artikeln desselben übergehend, bemerken wir:

Zum Art. 1. Nach diesem Artikel soll das Rechtsmittel der Rest., ohne Rücksicht darauf, ob das im Wege der Restitution zu beseitigende Erkenntniß von einem höheren Richter erlassen worden und ob die Sache dermalen in einer höheren Instanz befindlich ist, immer bei dem Richter angebracht werden, welcher für die Hauptsache als Richter erster Instanz competent ist. Wenn schon diese Bestimmung insoferne der Natur des Rechtsmittels nicht entgegen, vielmehr entsprechend wäre, als sich das Gesuch um Aufhebung der ergangenen Sentenz auf neues factisches Vorbringen gründet und eine Beschwerde über die Art, wie der Richter die gepflogene Verhandlung beurtheilt und darauf entschieden hat, nicht enthält; — so bleibt doch jedenfalls mißständig, daß der untere Richter in manchen Fällen berufen sein soll, das Urtheil eines höheren Gerichts aufzuheben. Wer mit den formellen und materiellen Voraussetzungen des Rechtsmittels der Rest. nicht bekannt ist, wird eine solche Bestimmung auffallend und unerklärlich finden. Sie kann leicht Veranlassung werden, das Ansehen der höheren Gerichte und das Vertrauen in die Rechtsprechung derselben zu schmälern. Unserer Ansicht nach dürfte daher schicklichen die bisherige Gerichtspraxis beizubehalten, d. h. das Rechtsmittel der Rest. bei dem nämlichen Richter ein- und auszuführen sein, welcher das Erkenntniß gefällt hat, um dessen Aufhebung im Wege der Rest. es sich gerade handelt. Diese Gerichtspraxis ist dem Princip, welches dem Rechts-

Digitized by Google

mittel der Rest. den Devolutiveffect entzieht, nicht entgegen; denn sie erkennt ja die Competenz des vorigen Richters über dasselbe an, sie beugt aber auch einer unnöthigen Vervielfältigung der Instanzen vor, welche durch die Bestimmung des Artikels leicht hervorgerufen werden könnte. Sie steht endlich im Einklange mit der Doctrin, v. Gönner, Handb. des Proz. III. Abth. 66, §. 18, Linde, Lehrb. des Civ. Proz. §. 425 Nr. 4., Bayer, Civ. Proz. S. 532, Gensler, Comm. über Martins Lehrb. des Civ. Proz. II. S. 189, wie nicht minder mit unserer bisherigen vaterländischen Gesetzgebung. Wir schlagen daher vor, dem Art. 1 folgende Fassung zu geben: Das Rechtsmittel ꝛc. ꝛc.

Zum Art. 2. Von der in dem ersten Artikel ausgesprochenen Regel macht hier der Entwurf die Ausnahme, daß das Rechtsmittel der Rest. jedesmal in seiner Verbindung mit einem devolutiven Rechtsmittel ebenfalls Devolutiveffect haben, also gleichzeitig mit diesem anderen Rechtsmittel zur Competenz des höheren Richters erwachsen soll. Diese in solcher Ausdehnung gestattete Ausnahme würde das Mittel werden, die Regel des Art. 1 und die damit verknüpfte wohlthätige Absicht des Gesetzes häufig zu umgehen. Der Restituent darf nur vor Ablauf der Nothfristen das Rechtsmittel der Appellation, oder — in Ermangelung der appellationsfähigen Größe des Streitobjects — das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde in Verbindung mit dem remedium rest. einwenden und einführen, sofort, wenn auch das per restitutionem zu rescindirende Erkenntniß in sich keine gegründete Beschwerde involvirt, das cumulirte devolutive Rechtsmittel irgendwie, zum Scheine, zu rechtfertigen versuchen, und er hat seinen Zweck, durch dasselbe das Rechtsmittel der Rest. per saltum gleich an den oberen Richter zu bringen, vollständig erreicht! Jene Ausnahme könnte also zu Mißbräuchen, zum Nachtheil des Restituten und zur großen Belästigung der oberen Gerichte führen. Diesen Inconvenienzen kann begegnet werden: a) entweder durch den Strich des Artikels 2, damit gar keine Ausnahme zugelassen werde, b) oder durch Beschränkung der Ausnahme auf die Fälle, in welchen der Oberrichter auf das von dem Restituenten gleichzeitig gebrauchte devolutive Rechtsmittel eine reformatorische Entscheidung ertheilt; c) oder endlich durch die dem Oberrichter einzuräumende Befugniß, das remedium rest. zur Abtheilung an das Gericht voriger Instanz zu verweisen, sobald er das devolutive Rechtsmittel aus formellen oder materiellen Gründen verwirft. Durch den ersten Vorschlag würde dem gefürchteten Mißbrauche und der Chikane vollständig vorgebeugt und jedenfalls das Princip, wonach das nur auf neue, in der bisherigen Verhandlung noch nicht zur Sprache gekommene Thatsachen oder Beweismittel sich stützende Rechtsmittel der Rest., zur Wahrung des Instanzenrechts, bei dem nämlichen Richter, welcher das zu rescindirende Urtheil gefällt hat, gebraucht werden soll, in seiner ganzen Reinheit erhalten werden. Die gleiche Wirkung hätte auch

Digitized by Google

noch der zweite Vorschlag; denn sobald das Rechtsmittel der Rest. in seiner Verbindung mit einem devolutiven Rechtsmittel nur dann an den oberen Richter zur gleichzeitigen Entscheidung erwachsen könnte, wenn auf das Letztere eine reformatorische Sentenz erfolgt, so setzt dieses allemal voraus, daß der angefochtene Urtheilsspruch schon in sich selbst den Grund zu einer Beschwerde trägt, und es fällt alsdann die hier gestattete Cumulation des remedii rest. und eines devolutiven Rechtsmittels eigentlich mit dem beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi zusammen, dessen Gebrauch, wie sich von selbst versteht, auch in dem Falle sub a dem Appellanten immer zu Gebot stehen muß, sowie die Voraussetzungen dazu vorhanden sind. Dieser zweite Vorschlag empfiehlt sich vor dem ersteren dadurch, daß er der Doctrin und der bisherigen Praxis des O.A.Gs entspricht, und daß auf solche Weise zuweilen der Zweck des Rechtsmittels der Rest. in Verbindung mit einem begründeten devolutiven Rechtsmittel schneller erreicht werden kann, als wenn man sich strenge an die subsidiäre Natur des remedii rest. halten und festsetzen wollte, daß dasselbe in allen Fällen bei dem Richter voriger Instanz eingeführt werden müsse. Auf der anderen Seite verkennen wir aber auch nicht, daß hierdurch unter Umständen eine beschwerliche Vervielfältigung der Instanzen, folglich eine Verlängerung des Prozesses und ein unnöthiger Kostenaufwand herbeigeführt werden könnte. Der Oberrichter wird nämlich erst bei seiner Entscheidung über das devolutive Rechtsmittel mit Zuverlässigkeit beurtheilen können, ob seine Competenz auch über das remedium rest. begründet wäre, es würde demnach die Verhandlung über dieses Rechtsmittel entweder erst nachzuholen, oder — hätte sie schon stattgefunden — im Falle der Zurückverweisung des Rechtsmittels an den vorigen Richter, eine vergebliche gewesen sein. Diesen Nachtheilen beugt der dritte Vorschlag vor, welchem wir daher auch unter den drei ponirten Alternativen den Vorzug geben, zumal da derselbe ebenfalls mit der Doctrin und der Rechtsprechung des O.A.Gs harmonirt. Er bietet hauptsächlich den Vortheil, daß der Oberrichter, auch wenn er das devolutive Rechtsmittel verwerfen muß, durch gleichzeitige Abweisung eines offenbar unbegründeten Rest.gesuchs dem Verschleife des Processes vorzubeugen vermag. — Findet diese unsere Ansicht den Beifall der Kammer, so würde, worauf wir unseren Antrag richten, der Artikel 2 des Entwurfs also zu fassen sein: „Wird das Rechtsmittel" ꝛc. ꝛc.

Zum Art. 3. Bei diesem Artikel würden wir nichts zu erinnern, ihn vielmehr durch die dafür in dem Vortrage des Herrn Reg.Comm. entwickelten Motive genügend gerechtfertigt finden, wenn der Art. 2 des Entwurfs unverändert angenommen werden sollte. Sobald jedoch dieser Artikel 2 entweder ganz gestrichen, oder nach unserem vorstehenden Antrage auch nur modificirt wird, erscheint nöthig, auch die im Th. II Tit. XI §. 2 und im Theil III Titel V §. 2 der P. O. enthaltenen Bestimmungen in

Digitized by Google

dem Artikel 3 zu berühren, weil diesen Bestimmungen alsdann durch das neue Gesetz ebenfalls derogirt wird.

Zum Art. 4 haben wir nichts zu bemerken. Er beseitigt jeden Zweifel über die Zeit, von welcher an, und über die Fälle, auf welche das neue, nicht rückwirkende Gesetz zur Anwendung zu bringen ist.

Unser Schlußantrag geht auf Annahme des Gesetzentwurfs, unter den zu den Artikeln 1, 2 und 3 vorgeschlagenen Modificationen und Zusätzen.

57.

Peter Kauß und Conf. zu Haßloch, Kl. ca. Schultheiß Kauß u. dessen beide Schwestern das., Bekl., Erbschaftsansprüche betr. 1839.

Restitutionsgesuch gegen Ablauf des Beweistermins und das darauf gefolgte rechtskräftige Contumacialerkenntniß.

Die rechtskräftige Beweisauflage des „Nachweisens" schließt die Zulässigkeit von „Bescheinigung" nicht aus. Der offerirte Eid ist in Restitutionssachen ein allgemein zulässiges Bescheinigungsmittel.

Der den Bekl. durch Landgsurtheil vom 1. Oct. 1818 auferlegte, durch HofGsurtheil vom 17. April 1822 bestätigte Beweis ihrer Einreden wurde nicht angetreten und es erfolgte Urtheil des LandGs d. d. 3. Dec. 1822 in contumaciam nach Klagantrag. Nach eingetretener Rechtskraft baten die Bekl. um Rest. gegen den Ablauf des Beweistermins und das Contumacialurtheil, welches Gesuch nach stattgehabter Verhandlung reformatorisch unter der Bedingung bewilligt wurde, daß die Imploranten die Restcausalien: 1) daß dem Schultheis K. bei der Eröffnung des HofGsurtheils v. 17. April 1822 der Inhalt dieses Urtheils dahin erklärt worden sei, daß hiernach die Aanten den Proceß vollkommen gewonnen hätten und die Aaten mit allen Ansprüchen abgewiesen seien, und 2) daß Sch. K. in Folge einer ihn befallenen Gemüthskrankheit und dadurch erzeugten Unthätigkeit des Willens dazu bestimmt worden sei, das am 3. Dec. 1822 ergangene Urtheil in Rechtskraft übergehen zu lassen, — „beweisen" würden. Die Aanten beriefen sich nun insbesondere auch auf ihre eigne eidliche Betheuerung. Das Landg. verwarf diese Offerte, das HofG. erklärte den offerirten Eid aber für zulässig und das O.A.G. bestätigte das desfallsige Urtheil am 30. Sept. 1839. Den Ausführungen des Ref., dessen Begründung vom Colleg adoptirt wurde, sei Folgendes entnommen: Das Interlokut des HofGs spreche nicht deutlich aus, ob es eine förmliche feierliche Beweisführung, oder bloße Bescheinigung verlange, da der Ausdruck „beweisen" sowohl in der einen, wie in der andern Beziehung gebraucht werde. Es komme also hauptsächlich darauf an, welche Art des Beweises

Digitized by Google

der Natur der Rechtssache und des Verfahrens angemessener sei, für welche und in welchem der Beweis geführt werden solle. Hier sei es nun bekannt, daß unter andern auch Incidentstreitigkeiten, welche bloß vorbereitend den Gang der Hauptsache leiten und bestimmen sollten — namentlich Restitutionen gegen Versäumnisse im Proceß — zu den summarischen Sachen gerechnet und nach den Normen des allgem. sum. Processes behandelt würden, zu denen auch die gehörten, daß er keine strenge, solenne Beweisführung erfordere, sondern eine einfache, in Form und Gegenstand weniger beschränkte Darlegung der für die Wahrheit oder auch nur Wahrscheinlichkeit der behaupteten Thatsachen sprechenden Umstände — s. g. Bescheinigung — zulasse. Statt weiterer Erörterung werde Bezug genommen auf: Gönner Handb. IV Abh. 70 §. 6 S. 8; desselben Entwurf eines G. B. über das gerichtliche Verf.; Mittermaier Arch. für civ. Pr. VIII S. 137; Heffter Inst. d. Civ. Pr. S. 421; Schneider Lehre v. Beweise II Tit. 14 §. 327; Puchta Zeitschrift f. CivR. und Prz. I S. 303. Ganz in Uebereinstimmung hiermit verlange die BO. v. 11. Jan. 1812 in §. 9 nur „Bescheinigung." Die eidliche Bekräftigung durch den Imploranten sei ein in Rest.fällen gewöhnliches, selbst gesetzliches Bescheinigungsmittel, welches in der Praxis täglich gebraucht und als zulässig allgemein anerkannt werde. Gensler im Arch. f. civ. Pr. IV S. 117.

58.

K. Silbereisen in Giesen, Kl. ca. Franz Bickes das., jetzt in Mainz, Bekl., Aufhebung einer Societät betr. 1844.

Restitution gegen den Ablauf der Appellationsrechtfertigungsfrist wegen Verschuldens des öffentlichen Anwalts.

Nichterklärung der Rest.bittfrist durch den versäumt habenden Anwalt ist Rest.grund. Bei der Restitution gegen eine die Fristerstreckung abschlagende Verfügung ist der Umstand, daß die Erstreckung eigentlich hätte bewilligt werden sollen, besonders zu beachten und bei der Restitution zur Erlangung der Appellationsbefugniß ist auch das Materielle der Beschwerde zu berücksichtigen.

Der klägerische Anwalt W. hatte gegen einen St.Gsbescheid die Appellation eingeführt. Vor Ablauf der ihm bewilligten Rechtf.frist kündigte er seinem Mandanten die Anwaltschaft, weil er glauben müsse, daß dieser die Anwaltschaft lieber in einer anderen Hand sehe. Hierauf gab das Hofg. dem Kläger auf, die App. durch einen anderen Anwalt binnen vier Wochen zu rechtfertigen. Innerhalb dieser Frist bat Adv. B. um Einsicht der Akten und Erstreckung der Rechtf.frist; das HofG. schlug aber das

Digitized by Google

Restgesuch ab und erklärte folgeweise die App. für desert. Nun kam ein neuer Anwalt, v. B., um Rest. ein, worauf das HofG. die Vernehmung des Adv. B. anordnete und sodann mit Entscheidung in der Hauptsache die Rest. ertheilte. Die Sache gelangte an das O.A.G. und querulirte Beklagter namentlich auch über die Ertheilung der Restitution. Allein das O.A.G. conformirte sich insofern am 12. Jan. 1844 mit dem HofG., indem der Ref., dessen Antrag gebilligt wurde, Folgendes hervorhob: Es sei zu untersuchen: 1) ob dem Kläger gegen die von seinem Anwalt versäumte Frist und das hierauf ergangene Desertionsdekret überhaupt Rest. zu ertheilen gewesen sei, und casu quo 2) ob Kläger solche jetzt noch nach Ablauf eines, die früher gelaufene Frist weit übersteigenden Zeitraums, rechtlich ansprechen könne. Die erste Frage sei unbedingt zu bejahen, da die Schuld der Versäumung unter keinen Umständen die Parthie, sondern höchstens den Anwalt treffe, indem nach Lage der Akten unzweifelhaft taugliche Fristerstreckungsgründe vorgelegen hätten, welche der Anwalt hätte releviren müssen. Es frage sich daher zu 2, ob der Ablauf der R.B.Frist nicht entgegenstehe? Nach dem hier Norm gebenden Gem. Bescheid des O.A.Gs vom 22. Mai 1816, der mittelst Publikandums vom 9. Januar 1817 auch für die Mittelgerichte anwendbar erklärt worden sei, habe Kläger innerhalb 4 Wochen, von da an gerechnet, wo ihn Adv. B. von der ergangenen Desertionsverfügung in Kenntniß gesetzt gehabt, Rest. nachsuchen müssen, und könne sie ihm gegenwärtig nur ausnahmsweise wegen vorhandener, ganz besonders erheblicher Entschuldigungsgründe bewilligt werden. Daß aber solche in concreto vorlägen, glaube der Ref. mit dem judicium a quo annehmen zu müssen. Schon die erste hervorgehobene Thatsache, daß Adv. B. seinem Mandanten bei Benachrichtigung desselben von dem ergangenen Desertionsdekret angeblich nicht zugleich die R.B.Frist und die Folgen deren Versäumniß erklärt habe, erscheine, vorausgesetzt, daß sie in gehörigem Grade bescheinigt sei, als eine genügende causa restituendi. Bei den Untergerichten sei die Versäumniß der R.B.Frist der Parthie nur dann anzurechnen, wenn ihr dieselbe und die Nachtheile deren Nichteinhaltung von dem Richter deutlich und in deutscher Sprache erklärt worden sei. Eine gleiche Bestimmung existire bezüglich der in den höheren Instanzen vorkommenden Versäumnisse nicht, da hier dem Gericht eine ähnliche Verpflichtung zur Belehrung der Parthieen nicht auferlegt und bezüglich der Anwälte nur vorgeschrieben sei, daß diese ihre Mandanten alsbald von der durch ihre Negligenz herbeigeführten Desertions- und Präclusivverfügungen zu benachrichtigen hätten. Allein die Gleichheit der Verhältnisse spreche doch im letzteren Falle für die Zulassung jener Thatsache als eines Rest.grundes, da allerdings eine Kenntniß der speciellen, hier einschlagenden Bestimmungen, von dem Kläger in zweiter Instanz so wenig, wie in erster, zu präsumiren sei, und letzterer wohl auch nicht für schuldig erachtet werden könne, sich anderswoher juristischen Rath

Digitized by Google

zu holen, vielmehr zur Erwartung vollkommen berechtigt sei, daß ihm sein Anwalt alle Mittel und Wege angeben werde, durch welche die nachtheilige Verfügung außer Wirksamkeit gesetzt werden könne. — Ref. führt nun weiter an, daß die Thatsache der Nichterklärung der R.B.Frist durch die etwas unbestimmte Aussage des Adv. B. („meines Entsinnens") nicht genügend bescheinigt sei, weßhalb eigentlich die — schon früher zu bewirken gewesene — Erhebung des an den Clienten gerichteten Briefs erforderlich erscheine, indessen könne im vorl. Falle deßhalb hiervon abgesehen werden, weil die weiteren actenmäßigen Verhältnisse die nicht rechtzeitige Nachsuchung der Rest. entschuldigten (Insolvenzanzeige des Klägers ꝛc). Hauptsächlich entscheidend für die Zulassung des Rest.gesuchs sei aber der Umstand, daß das Fristerstreckungsgesuch des Adv. B. eigentlich gar nicht hätte abgeschlagen werden dürfen (der neu eintretende Anwalt habe umfassende Instruction nöthig gehabt ꝛc.), also der Beklagte nicht einmal das strenge Recht auf seiner Seite habe. Auch das sei in Anschlag zu bringen, daß die Praxis es bei Rest.ertheilungen in solchen Fällen nicht so strenge nehme, wo das Versehen, oder die Nachlässigkeit in der Nichtbeobachtung von Förmlichkeiten bestehe und durch die Restitution bezweckt werde, die Rechtsvertheidigung — das wichtigste Essentiale der gerichtlichen Procedur — deren die Parthie sonst verlustig sein würde, noch beizubringen. Daß übrigens bei Ertheilung von Rest. contra lapsum fatalium auch die materielle Begründung der Beschwerde berücksichtigt werden solle, besage die P. O. Th. III Tit. 2 §. 7 ausdrücklich.

59.

Dietrich Boy in Altenstadt, Kl. ca. Georg Weith in Münzenberg. 1834.

Für das Erbitten der Restitution gegen den Ablauf der 14tägigen Restitutionsbittfrist läuft nicht abermals eine Restitutionsbittfrist.

Das O.A.G. rescribirte dem HofG. in G. am 29. Dec. 1834: Indem ꝛc., bemerken wir nur noch, daß das Gesetz vom 1. Mai 1830 nicht besagt, noch mit Grund dahin ausgelegt werden kann, als ob auch gegen den Ablauf der R.Bittfrist, oder wegen nicht gehörig geschehener Begründung resp. deßhalb erfolgter Verwerfung eines früheren R.Gesuchs nothwendig ebenfalls und zwar wieder binnen 14 Tagen um Rest. gebeten werden müsse, — daß vielmehr dem Janten auch ohne dieses die Anführung und Bescheinigung erheblicher Gründe, warum die ursprüngliche Restitutionsfrist nicht eingehalten worden, sowie überhaupt die Anbringung eines besser fundirten R.Gesuchs re adhuc integra im Allgemeinen noch gestattet werden muß, ... Wir haben deßhalb die untergerichtl. Verfügung wieder hergestellt ꝛc.

Digitized by Google

60.

Die 14tägige Restitutionsbittfrist des Gesetzes vom 1. Mai 1830 ist erstrecklich.

Bal. Wagner in Darmstadt, Kl. ca. Frdr. Jäger daselbst. 1863.

Der Anwalt des Klägers hatte um Erstreckung der 14tägigen R.Bittfrist gebeten, indem er noch ohne Instruction sei, ob er die beabsichtigte Appellation verfolgen solle, und daher bis zum Einlangen der Instruction, insbesondere zur Ersparung von Kosten, die Einreichung des Rest.gesuchs zweckmäßig aussetzen wolle. In I. und II. Instanz wurde dieses Gesuch zurückgewiesen, weil eine Erstreckung der R.B.F. dem Ges. v. 1. Mai 1830 nicht entspreche. Das O.A.G., mit a. B. angegangen, verfügte am 24. März 1863: In Erw. daß zwar der Art. 9 des Gesetzes v. 1. Mai 1830 die Erstreckung der 14tägigen R.B.F. keineswegs untersagt, vielmehr nur die Zulassung der R.Gesuche als nicht verspätet nach dem Ablauf jener Frist von der Anführung und Bescheinigung besonders erheblicher Verhinderungsursachen abhängig macht, sonach an und für sich die erbetene Fristerstreckung statthaft gewesen sein würde; daß jedoch in dem bloßen Anführen des Querulanten . . . (s. o.), keineswegs ein besonders erheblicher Verhinderungsgrund zu finden ist; wird die . . . a. B. als unbegründet verworfen. —

Auch in S. Nathan Bendheim von Auerbach ca. Aug. Hofmann hatte das Hofg. in D. am 6. Juli 1861 eine a. B. als unbegründet abgewiesen, „indem eine eigentliche Erstreckung der R.B.F. nach Art. 9. des Ges. v. 1. Mai 1830 unstatthaft erscheine, und sich erst in Verbindung mit der bis jetzt noch nicht vorliegenden Begründung der R. beurtheilen lasse, ob und inwiefern die Nichteinhaltung der Bittfrist als entschuldbar betrachtet werden könne."

61.

I. Restitutionsgesuch zum Zwecke der Einbringung eines directen Gegenbeweises.

Marschcommissär Müller zu Darmstadt, Kl. ca. Gem. Spachbrücken, Zahlung eines Ruhegehalts betr. 1855 u. 1856.

Das durch die Gegenbeweismittel Nachzuweisende muß sich im Verhältniß zum Vorbeweis als wahrer Gegenbeweissatz darstellen.

II. Wiederholung eines Restitutionsgesuchs.

Bedingungen einer solchen. Quadriennium beim Remedium rest. propter noviter reperta. Gegenbeweis gegenüber dem Restitutionseid der VO. von 1806.

Dem Kläger war Beweis dahin auferlegt worden: 1) daß er als Schultheis definitiv angestellt gewesen, 2) daß sein Ruhegehalt in dieser

Digitized by Google

Eigenschaft in Folge der Gem. Otd. a) für die Gem. Sp. auf 348 fl., b) für die Gem. Z. auf 42 fl. jährlich regulirt worden sei. Später suchte die Bekl., gestützt auf noviter reperta, welche sie aus früher nicht zu erlangen gewesenen Akten entnommen habe, im Rest.wege mit einem Gegenbeweis aufzukommen, und gab dabei an: sie wolle mit dem neuen Gegenbeweis darthun, daß der Ruhegehalt in der von dem Kläger behaupteten Größe nicht für die Zeit seines Austritts als Schultheis bis zu seiner erfolgten Pensionirung als Steuererheber von der Behörde regulirt worden sei. Der Kläger bestritt die Zulässigkeit des Rest.gesuchs, weil das zu Erweisende zum Beweisthema nicht im Verhältniß des Gegenbeweises stehe, ein Einwand, welchen das O.A.G. auf Grund nachfolgender Ausführungen seines Referenten durch Beschl. vom 15. Juni 1855 billigte: Die Entscheidung, daß die Bekl. mit dem mittelst des Remed. rest. angebotenen Gegenbeweis noch zugelassen werden könne, sei nach allg. Rsgrundsätzen und nach O.A.GsPräj. 162 durch 2 Umstände bedingt, nämlich: 1) dadurch, daß der fragl. Gegenbeweis ein wirklicher und ein rechtlicher Gegenbeweis sei, und 2) dadurch, daß der Zulassung dieses Beweises nicht eine schuldvolle Unterlassung des früheren Gebrauchs im Wege stehe.

Zu 1. Ein solcher Gegenbeweis könne natürlich nur dann zugelassen werden, wenn der Beweis, welcher dem Kläger auferlegt sei, auch gerade den Punkt zum Gegenstand habe, daß der angesprochene Ruhegehalt auch für den bemerkten Zeitraum von der Behörde regulirt worden sei. Kläger widerspreche letzterem, während es Bekl. behaupte. Betrachte man das R.Gesuch genauer, so stelle sich heraus, daß Bekl. damit eine veränderte Einlassung resp. eine Ergänzung der Einlassung zur Geltung bringen wolle. Bekl. habe nämlich unterlassen, ihrer LitisC., wenn sie gesagt habe, sie leugne es, daß die Adm.behörde den jährlichen Betrag zum Ruhegehalt für die Gem. Sp. auf x fl. regulirt habe, den Zusatz beizufügen: sollte aber auch wirklich die Regulirung des Ruhegehalts auf die fr. Beträge erfolgt sein, so hat doch die A. B. zugleich bestimmt, daß Kl. diesen Ruhegehalt nicht für die Zeitperiode seiner Functionirung als A. St. E., sondern erst von der Zeit seiner Pensionirung als solcher an zu beziehen haben solle. Gegen die Unterlassung einer solchen eventuellen L. C. hätte daher die Bekl. ebenfalls Rest. nachsuchen müssen, und erst nach einer ihr auch in dieser Bez. ertheilten Rest. habe sie im Beweisverfahren von dem fragl. G. B. Gebrauch machen können.

Zu 2. meinte der Ref. eine Schuld. Die Gemeinde habe kein Recht auf Einsicht der jetzt neu eingebrachten Acten gehabt, überdieß sei deren Einsicht früher vom Ministerium verweigert gewesen und die Gemeinde habe fundatam intentionem gehabt, sich dabei zu beruhigen. —

Nach erfolgter Abweisung des R.Gs versuchte Bekl. ihre frühere Absicht in der von dem O.A.G.ref. angedeuteten Weise durchzusehen. Das

Digitized by Google

O.A.G. wies aber das erneuerte R.G. aus folgenden Gründen des Ref. (per majora) am 9. Juli 1856 ab: Die Abweisung müsse aus einem formellen Grunde erfolgen, welcher zwar bis jetzt nicht geltend gemacht worden, aber ex officio zu berücksichtigen sei. Das neuere R.Gesuch mache wiederholt dasselbe factische Verhältniß, wie das frühere geltend; wie dieß die Beklagte selbst zugebe. Hiernach müsse das neuere Gesuch verworfen werden. Nach Vorschrift der Gesetze könne ein verworfenes R.G. nur dann wiederholt werden, wenn dasselbe auf neuen und nicht auf bereits vorgebrachten factischen Gründen beruhe. Tit. Cod. 2. 44., insbesondere c. 2. 3. Nach diesen klaren gesetzlichen Bestimmungen könne ein wiederholtes R. G. nur durch solche nova in facto, welche früher noch nicht geltend gemacht worden seien, begründet werden. Der Grund dieser gesetzlichen Vorschrift leuchte klar in die Augen, es solle dadurch dem Mißbrauch der R.Gesuche, welche eine gewisse Anomalie seien, entgegengewirkt und verhütet werden, daß das Princip der Billigkeit in einzelnen Fällen nicht zur Unbilligkeit werde. Mit dieser Auslegung der Gesetze stimmten die Prozeßualisten überein. Bayer, Vortr. 7. Aufl. S. 690. Schmid Handb. des Proz. III. S. 556. —

Der Kläger hatte dem wiederholten R. G. auch den Einwand entgegengesetzt, daß dasselbe verjährt sei. Das Quadriennium, welches a die latae sententiae laufe, sei seit dem Beweisinterlocut abgelaufen. Der Ref. bemerkte insofern wesentlich: Es wird der Satz an die Spitze gestellt, daß die vierjährige R.B.Frist a die latae sententiae zu laufen beginne. Wäre dieser Satz richtig, so würde, da durch das R. G. eine Abänderung des im April 1851 rechtskräftig gewordenen Beweisinterlocuts v. 1. April 1849 bezweckt wird, das R. G. qu. aber erst im Juli 1855 eingebracht worden ist, die Frist von 4 Jahren als versäumt erscheinen. . . . Es ist zwar die Frage über den Anfang des Laufs der Frist eine bekannte Controverse und der Anwalt der DAntin hat nicht nur die Meinung angesehener Prozeßualisten, sondern auch die P.O. v. 1724 Th. II Tit. XII §. 9 und die Worte fassung des Präj. 150 für sich, allein es ist constante Rechtsprechung bei diesem obersten Gericht, daß die vierjährige R.B.Frist nicht bloß bei privilegirten Parthieen, sondern bei allen R.Gesuchen, nicht schon von dem Tage resp. der Rechtskraft der zu beseitigenden Sentenz, sondern erst von dem Tage der erlangten Kenntniß der nova und der darnach vorliegenden Verletzung zu laufen anfängt. Hiernach scheint mir eine weitere Erörterung der fragl. Controverse ganz entbehrlich zu sein, da, was auch theoretisch zu Gunsten der Ansicht der Kläger mag geltend gemacht werden können, sicherlich kein Grund vorhanden ist, von einer Rechtsprechung abzugehen, welche die Billigkeit wenigstens insofern für sich hat, als bei der gegentheiligen Ansicht große Härten nicht zu vermeiden sein würden.

Das fragl. R.G. wurde vom Referenten als Remedium, nicht als Rechtswohlthat bezeichnet.

Digitized by Google

Kläger hatte eventuell auch darüber querulirt, daß er nicht zum Beweise der Thatsachen zugelassen w. sei, wonach die Bekl. zur Ableistung des R.Eides nicht im Stande sei. Der Ref. hielt diese Beschwerde für verwerflich. Nach der Natur der Bestimmung über Ableistung des R.Eids könne ein Beweisverfahren nicht zugelassen werden, der R. E. constatire das Vorhandensein der Nichtkenntniß, der Implorant sei berechtigt und verpflichtet, durch die Ableistung seine Nichtkenntniß darzuthun, und nur dann, wenn auf der Stelle dargethan werden könne, daß mit der Ableistung unbezweifelt ein Meineid geschworen werde, habe von der Nichtzulassung zum Eide die Rede sein können.

Die Verjährungs- und die letztbemerkte Beschwerde kamen nicht zur Beschlußfassung.

62.

Glöcknerstelle zu Neunkirchen, Kl. ca. Jost in Allertshofen, Bekl. Besoldung des Glöckners betr. 1854.

Restitutionsgesuch zur Einbringung von Urkunden nach rechtskräftig für verfehlt erkanntem Beweise, gestützt auf Versäumung des Syndikus und das Privileg der Minderjährigen.

Remedium und Beneficium restitutionis. Requisite eines Rest.gesuchs nach dem Gesetze vom 1. Mai 1830 — Bescheinigung, Wahrung der Restitutionsbittfrist (Anwendbarkeit der letzteren auf Minderjährige und die ihnen Gleichgestellten), Contumaciakosten.

Nach Ablauf der Beweisfrist und nachdem der sonst mit Zeugen und Urkunden versuchte Beweis durch Urthell für verfehlt erklärt worden war, kam die Klägerin um Restitution wegen einer Anzahl Urkunden ein, indem sie dieses Gesuch I. auf einen Fehler des früheren Syndikus der frommen Stiftungen, II. auf die Eigenschaft der Klägerin als frommer Stiftung stützte.

Dieses Gesuch wurde in 3 Instanzen verworfen. Den Ausführungen des Referenten des O.A.Gs entnehmen wir Folgendes:

Zu I. Der jetzige Syndikus sage in dem R. G. in dieser Beziehung, daß dasselbe seine Begründung finde in dem angel. Rescript des O.Consistoriums, indem hierin bescheinigt werde, daß die fraglichen Beweismittel seinem Dienstvorfahren schon zeitig zugestellt, allein von demselben zu benutzen übersehen worden seien.

Nach diesem Vorbringen ergäben sich zwei Bedenklichkeiten: a) ob in dem Gesuche das Remedium r. ob novitor reporta, oder das des Beneficium r. enthalten sei, und b) ob dasselbe auf eine Nachlässig-

Digitized by Google

keit, oder auf einen Rechtsirrthum des früheren Anwalts gestützt werde. Zu a schienen die neuen Urkunden auf den ersten Blick anzudeuten, daß Klägerin sich des Remediums bedienen wolle. Da aber dem früheren Syndikus die Beweismittel schon im Laufe des Beweistermins mitgetheilt worden seien, so gehe daraus hervor, daß dieselben im Sinne des Remedii nicht als neu gelten könnten, und daß namentlich die Klägerin zur Ableistung des R.Eides nicht befähigt sei. Es handle sich also um das Beneficium. Zu b. sei in dem „Uebersehen" eine Nachlässigkeit ponirt, das Gesuch könne also nicht als auf einen Rechtsirrthum gegründet angesehen werden.

Referent geht nun auf die Fragen über, ob das Gesuch genügend begründet und bescheinigt sei, und ob ihm nicht der Ablauf der Beweisfrist entgegenstehe, und bemerkt sodann, daß eine Erhebung der Handacten stattfinden müsse, wenn sich nicht schon jetzt das Gesuch deßhalb als verwerflich darstelle, weil die Contumacialkosten weder gezahlt, noch deßfalls Sicherheit geleistet worden, und außerdem die 14tägige Restitutionsbittfrist abgelaufen sei. Diese Verwerflichkeit müsse aber behauptet werden.

Zu II. Die Implorantin gehe hierbei von der Voraussetzung aus, daß ihre Eigenschaft als fromme Stiftung genüge, um ihr Gesuch zu begründen, und daß sie hierbei an die Bestimmungen des Ges. vom 1. Mai 1830 nicht gebunden sei, allein mit Unrecht. Die Jantin habe nun einmal angegeben, daß durch eine Negligenz des früheren Syndikus die Beweismittel versäumt worden seien. Hierdurch habe man den Grund erfahren, warum die Klägerin sich der Urkunden zu rechter Zeit nicht bedient habe, und auf diesen Grund hin müßten die hierauf bezüglichen Gesetze angewendet werden. Da nun gerade das Gesetz vom 1. Mai 1830 specielle Bestimmungen darüber enthalte, unter welchen Voraussetzungen allein Restitutionen im Proceß zulässig sein sollten, insbesondere wenn sie auf Nachlässigkeiten gestützt würden, so müßten diese Bestimmungen auch in concreto zur Anwendung kommen, da kein Grund vorliege, die frommen Stiftungen hiervon auszunehmen. Das Gesetz mache insofern keine Ausnahme, und wenn es auch zweifelhaft sein könne, ob die gesetzlichen Bestimmungen auch dann zur Anwendung kommen könnten, wenn nicht um Rest. wegen einer ganzen Handlung, sondern nur wegen eines Theils derselben gesucht werde, so müsse doch insofern bejahend geantwortet werden, weil dieselben Gründe dafür sprächen, und, was vom Ganzen gelte, auch auf einzelne Theile Anwendung leiden müsse. Für diese Ansicht habe sich auch s. Z. die Praxis der Mittelgerichte und des O.A.Gs ausgesprochen.

Am 7. Oct. 1854 wurde Beschluß nach Antrag gefaßt, jedoch mit Umgehung des Grundes, daß die Contumacialkosten nicht bezahlt resp. Sicherheit nicht geleistet worden sei.

Digitized by Google

63.

v. Wetzel zu O.Mörlen ca. sämmtl. Einwohner von Melbach, Mühlbannrecht betr. 1845.

Berechnung des Quadriennium bei der Restitution propter noviter reperta.

In der alleg. Sache ist das O.A.G. von folgenden Grundsätzen ausgegangen:

Wenn nach Ablauf der Beweis- oder Gegenbeweisfrist zu einer Zeit, wo noch kein aus dem Weg zu räumendes Erkenntniß ergangen ist, um Rest. ob noviter reperta nachgesucht wird, so erscheint dieses Rest.gesuch als Beneficium, nicht Remedium restitutionis. Für dieses Beneficium läuft nicht die in dem Gesetze vom 1. Mai 1830 vorgeschriebene 14tägige, resp. die in dem Gem. Bescheid des O.A.Gs vom 9. Jan. 1817 vorgezeichnete gleichlange Rest.bittfrist, welche sich bloß auf Rest.gesuche wegen prozessualischer Versäumnisse (in welche Kategorie die Nichtbenutzung eines gar nicht bekannt gewesenen Beweismittels nicht gehört) bezieht, sondern das prätorische Quadr. rest., welches erst a die scientiae zu laufen anfängt. — Auch bei dem Remedium rest. beginnt das Q. erst mit der Kenntniß der nova. — Rel. v. 1844; Urtheil vom 21. Jan. 1845. —

Ueber das Quadr. sind noch zu vergleichen die Rel. des O.A.Gs in S. a) Gemeinde Michelnau ca. Landmann zu Ober-Schmitten, 1833; b) Gemeinde Staaden, O. u. N.Mockstadt und Hergheim ca. Isenburg-Büdingen, 1838; c) We Eckstein zu Renzendorf ca. Köhler und Stroh zu Brauerschwend, 1840. —

64.

Kurf. Hess. Rentkammer zu Hanau, jetzt den Kurfürstl. Staatsschatz zu Kassel, Kl. gegen die Gem. Bingenheim, Forderg betr. 1845. 1847.

Restitutionsgesuch gegen rechtskräftiges Erkenntniß, gestützt auf die Unmöglichkeit der Herbeischaffung von Akten.

Remedium, oder Beneficium restitutionis? Quadriennium. Beginn desselben. Nichtablauf neben der Ableistung des Rest.eids noch besonders nachzuweisen. Der offerirte Eid des Anwalts zu diesem Nachweis unzulässig, derjenige der Parthie zulässig. Gegen welche Erkenntnisse wird restituirt?

Es war der Gemeinde B. Beweis auferlegt worden. Zur Führung dieses Beweises berief sie sich auf bestimmte Akten. Durch landg. Erk. vom 30. Oct. 1834, bestätigt vom HofG., wurde jedoch, weil die Akten

Digitized by Google

zu, weder in Original, noch Abschrift vorgelegt worden seien, und die Offizialthätigkeit des Richters sich nicht auf Herbeischaffung von Beweismitteln erstrecken könne, der durch jene Acten zu führen versuchte Beweis als formwidrig verworfen.

Nachdem seit jenen Erkenntnissen mehr als vier Jahre verflossen waren, kam die Gemeinde um Zulassung der fragl. Akten im Wege der Rest. ein, indem sie anführte, daß sie erst von dem verstorb. Justizrath E. erfahren habe, daß dieser die Akten zu, besitze. Derselbe sei bald hernach verstorben, worauf sie im Mai 1840 bei dem Gr. Ministerium um Anordnung der Einsichtsgestattung nachgesucht habe. Sie habe auch eine günstige Verfügung erlangt, die Akten jedoch erst geraume Zeit später erhalten. Die Gemeinde erbot sich zum Rest.eid u. s. w.

Das Hofgericht verwarf das Gesuch. Der Ref. machte zwei Gründe geltend, einmal sei die Rest. verjähret, da das Quadr. von dem Urtheilserlaß zu rechnen sei, und dann habe die Gemeinde selbst die Läsion verschuldet. Das Collegium approbirte nur den zweiten Grund. Auf erhobene weitere Beschwerde hob das O.A.G. das HofGsurtheil auf, indem es der Gemeinde aufgab, vorerst binnen best. Frist, Gegenbescheinigung vorbehalten, genügend zu bescheinigen: „daß von dem Zeitpunkte an, wo sie in Erfahrung gebracht, die fraglichen Akten befänden sich in dem Besitz des verstorbenen E. zu G. bis zum Tage der Einreichung des Rest.gesuchs, dem 31. März 1841, noch keine vier Jahre abgelaufen seien," worauf denn weitere Verf. ergehen solle.

Der Referent, dessen Anträge genehmigt wurden, warf zuerst die Frage auf, ob es sich hier um das beneficium, oder remedium rest. handle, und entschied sich für Letzteres. Er bemerkte:

Es ergibt sich, daß das vorl. Rest.gesuch, wenn es auch mit zum Zweck hätte, in Hinsicht auf den Ablauf des Beweistermins W. i. d. w. St. auszuwirken, doch auch zugleich gegen ein rechtskräft. Erk. (30. Oct. 1834) gerichtet ist, und daß ihm die Behauptung zu Grunde liegt, das gedachte Erk. würde nicht erfolgt sein, wenn damals schon dem Richter das novum vorgelegen hätte. Wir haben also hier das remed. rest. ob nova gegen ein Erk., das nicht den Beweis in contumaciam für versäumt erklärte, sondern denselben als formwidrig verwarf, welches Erk. aus dem Weg geräumt und der Beweis als formgerecht dargestellt werden soll.

Sodann ging Ref. auf die Gründe des HofGsref. ein, welche er beide, gestützt auf folg. Ausführungen, für nicht haltbar erklärte:

Auch wir haben bei unserer Rechtsprechung stets den Grundsatz festgehalten, daß die vierjährige Präscriptionsfrist der R. wegen neu aufgefundener Thatsachen und Beweise erst von dem Tage der Wissenschaft des novi resp. von dem Zeitpunkte an, wo es dem Rest.implorauten möglich geworden sei, dasselbe herbeizuschaffen, zu laufen beginne. Was sodann jenes andere Argument des HofGsref. anlangt, so ist dabei übersehen, daß

Digitized by Google

in substrato das Rechtsmittel der R. zur Hand genommen worden ist, und daß in Hinsicht auf die Begründung desselben nur gefragt werden kann: a) ist nach den Verhältnissen des vorl. Falls die gesetzliche Präsc.frist selbst a die scientiae resp. von dem Zeitpunkt, wo es möglich war, das novum herbeizuschaffen, als abgelaufen zu betrachten? b) wenn dies nicht der Fall, liegen die Erfordernisse vor, welche die Anwendbarkeit des Ges. vom 12. April 1806 bedingen? Dieses Gesetz verlangt nun weiter Nichts, als 1) daß das novum wirklich neu, d. h. in dem Prozesse nicht schon vorgekommen sei; 2) daß der Implorant den Rest.eid in der dafür fixirten Form ableiste. Für den Fall, wo das novum in einem neu aufgefundenen Beweismittel besteht, wird nicht erfordert, daß die Beweisfrist durch Fristgesuche offen gehalten werde. (Ref. führt nun aus, daß in concreto ein Fristgesuch schließlich nicht mehr hätte gewährt werden können u. s. w.) Das von dem Ref. bei dem jud. a quo der OAmtin zur Last gelegte Verschulden ist sonach weder durch die Natur der Sache, noch das vorhin erwähnte Gesetz genügend motivirt.

Ref. erörtert nun, die vorgelegten Akten seien neu und erheblich, und da die Gemeinde sich zum Rest.eid dahin: „daß sie das novum, aller Mühe und alles Fleißes ohnerachtet, nicht habe herbeischaffen können", erboten habe, so komme es nur darauf an, ob das Quadr. abgelaufen sei. Er bemerkte insofern:

Ich habe oben bereits erwähnt, daß nach unserer Rechtsprechung das Q. a die adeptae scientiae zu laufen beginnt. Man würde aber sowohl mit dem gemeinrechtlichen Grunde der Restitutionen, die auf Rücksichten der Billigkeit beruhen, als dem Geiste des Ges. vom 12. April 1806 in Widerspruch gerathen, wollte man in Abrede stellen, daß unter scientia eine solche Kenntniß des neuen Beweismittels zu verstehen sei, welche die Möglichkeit gewährt, dasselbe herbeizuschaffen. Ref. erörtert nun, daß die Möglichkeit der Herbeischaffung eingetreten sei, als die Gemeinde erfahren habe, die betr. Akten befänden sich bei E., und daß bescheinigt werden müsse, daß das Q. von da an nicht abgelaufen sei. —

Zum Zwecke der auferlegten Bescheinigung wurde Seitens der Gemeinde u. A. auch der Eid offerirt, und zwar erbot sich sowohl der Anwalt, als die Gemeinde, das Thema eidlich zu erhärten. Der O.A.Gref. bemerkte insofern:

Es ist vorerst wohl soviel einleuchtend, daß der Oantin weder die Unkenntniß ihres Anwalts von E's Besitz der Akten zu nützen, noch seine Wissenschaft hiervon zum Nachtheil zu gereichen vermöge. Die Identificirung eines Prozeßanwalts mit der Parthie beschränkt sich nur auf dessen, die Prozeßführung nach Maßgabe der ihm ertheilten Vollmacht betreffenden Handlungen oder Unterlassungen, sie kann aber unmöglich so weit ausgedehnt werden, um damit rechtliche Wirkung für oder gegen die Parthei aus dem Umstande herzuleiten, daß ein solcher Anwalt bei einer

Digitized by Google

der Prozeßverhandlung ganz fremden Veranlassung etwas erfahren oder nicht erfahren hat, was auf das streitige Verhältniß sich bezieht. Die eidliche Erhärtung, wozu sich der Anwalt für seine Person erbietet, erscheint hiernach unter den vorliegenden Umständen irrelevant. Anders verhält es sich dagegen mit dem Erbieten der Gemeinde, eidlich erhärten zu wollen, daß u. s. w. Denn wenn auch im Civilprozeß das Erbieten der beweispflichtigen Parthie zur eidlichen Erhärtung bestrittener Thatsachen als eigentliches Beweismittel in der Regel unstatthaft ist, so läßt sich doch keineswegs behaupten, daß ihm auch als bloßes Bescheinigungsmittel gleichfalls unbedingt jede rechtliche Beachtung zu versagen sei. Vielmehr ist es namentlich ein von den bewährtesten Rechtslehrern anerkannter Satz, daß bei dem benef. rest. die causa rest. allenfalls auch durch eine eidliche Erhärtung des Imploranten, wozu sich derselbe erbietet, bewahrheitet zu werden vermöge. Gensler über Rest. im Arch. f. civ. Pr. Bd. IV Abh. XII S. 117 ff. Diesen Satz hat auch die Praxis unseres Gerichtshofs in sehr vielen Fällen befolgt (folgen Belege). Was das remed. rest. contra sent. anbelangt, so geht aus den einschlagenden reichsgesetzlichen und den Bestimmungen unserer Particular-VO. von 1806 deutlich hervor, daß die eidliche Erhärtung der causa rest. von Seiten des Janten jeden sonstigen Beweis wegen derselben unnöthig machen, ja sogar absolut vertreten solle. Wenn der Rest.eid in dieser Hinsicht namentlich auch zur Bewahrheitung der Behauptung genügt, „daß Jant vor der richterlichen Entscheidung von dem neuen Einbringen — dem neuen Beweismittel — überhaupt nichts gewußt habe", so läßt sich kein Grund dafür auffinden, dem Imploranten eine eidliche Erhärtung darüber als Bescheinigungsmittel zu versagen, „daß er mindestens vor einem gewissen Zeitpunkte nicht gewußt habe, in wessen Besitz sich das neue Beweismittel befunden", wenn hiervon die Berechnung des Quadr. abhängt, mithin im gegebenen Falle die Gewährung der Rest. dadurch bedingt erscheint. Auch abgesehen von den in Beziehung auf den bloßen Bescheinigungsbeweis überhaupt geltenden Grundsätzen würde daher sich jedenfalls in concreto eine analoge Anwendung der zuvor erw. VO. als gerechtfertigt darstellen, um die eidliche Erhärtung der Dantin als statthaftes und genügendes Bescheinigungsmittel zu betrachten.

Ich bin hiernach des Dafürhaltens, daß die Dantin zur eidlichen Erhärtung zuzulassen und dahin zu erkennen sei: Würde die Beklagte — eidlich erhärten: „daß von dem Zeitpunkte, wo sie in Erfahrung gebracht, die fraglichen — Akten, hinsichtlich deren die Beweisführung wegen Fortwidrigkeit durch Erk. vom 30. Oct. 1834 verworfen worden, — befänden sich im Besitze des verst. E., bis zum Tage der Einreichung des Rest.gesuchs noch keine vier Jahre abgelaufen gewesen seien", hierauf aber den R.eid dahin ausschwören: „daß sie aller angewandten Mühe und Fleißes ungeachtet jene Akten in dem bisherigen Prozesse nicht früher, wie

Digitized by Google

geschehen, habe herbeischaffen können"; so soll hiernächst sowohl in der S. selbst, als auch der Kosten wegen weiter ergehen, was Rechtens. — Die Zulassung zum R.eid schon jetzt bedingt auszusprechen, halte ich darum für zweckmäßig, weil, geschähe dieß nicht, noch ein besonderes Erk. hierüber erfolgen müßte, wenn die Dantin den das O. betr. Eid abgeleistet haben würde. Für die Beibringung der vorbehaltenen etwaigen Gegenbescheinigung ist in dem Urtheil vom 2. Juli 1844 keine Frist anberaumt worden, weßhalb es dem Daten unbenommen war, bis zum Beschlusse der Sache seinen Gegenbeweis zu führen; da er dieß jedoch unterlassen, so kann jener Mangel einer Fristbestimmung jetzt nicht weiter in Betracht kommen. Dieß berührt aber natürlich die Frage nicht: ob und bei welchen Voraussetzungen es dem Daten noch gestattet sein würde, darzuthun, daß seine Gegnerin durch Ableistung des Schwurs einen Meineid begehen würde.

Der Corref. war einverstanden und das Colleg trat dem Antrag bei durch Urtheil vom 2. Sept. 1845.

Nach Ausschwörung der betr. Eide durch drei Schwurdeputirte der Gemeinde erkannte das O.A.G.: 1) daß die Gemeinde nunmehr zu restituiren sei a) gegen den rechtskräftigen Ausspruch des HofGsurtheils vom 10. Mai 1830, wonach die später überreichten Reg.Akten wegen unzulässiger Form der Beweisantretung als Beweismittel verworfen worden sind; b) gegen die rechtskräftigen Entscheidungen des LdGs Nidda vom 30. Oct. 1834 und HofGs G. vom 8. Mai 1835, nach welchen die fragl. Akten auch bezüglich des der Gemeinde in dem LandGsbescheid vom 15. Mai 1832 nachgelassenen Beweises gleichfalls wegen Formwidrigkeit der Beweisantretung verworfen worden sind; c) gegen den Ablauf der zur Führung der in dem HofGsurtheil vom 31. Oct. 1825 und in dem LdGsbesch. vom 15. Mai 1832 normirten Beweise vorbestimmt gewesenen Beweisfristen; daß demzufolge 2) der bekl. Gemeinde zu gestatten sei, sich der gedachten Reg.acten binnen — anzuberaumender Frist zur Führung der in diesen beiden Erkenntnissen vorbestimmten Beweise annoch zu bedienen. — E. vom 13. April 1847.

65.

Fiskus ca. Gemeinde Hahn. 1859.

Restitution gegen den Ablauf der Beweisfrist auf Grund neu aufgefundener Zeugen.

Auch die den Minderjährigen Gleichgestellten müssen den Nichtablauf des Quadr. darthun. Bezüglich der Kenntniß des Fiskus von der Läsion kommt es auf die ihn wirklich vertretende Behörde, nicht den Fiscal an, hat aber Letzterer zum Eid sich erboten und

Digitized by Google

der Gegner hiergegen Nichts eingewendet, so ist eine solche Uebereinkunft rechtsverbindlich.

Der Fiskalanwalt war, nachdem zwar ein über die Beweisführung erkennendes Urtheil noch nicht erlassen, aber doch ein Zeitraum von mehr als 4 Jahren seit Ablauf der Beweisfrist verstrichen war, um R. wegen neu aufgefundener Beweismittel eingekommen und hatte, unter Berufung auf die dem Fiskus zustehenden jura minorum, primär um sofortige Zulassung der Beweismittel gebeten, eventuell sich zur Ableistung des R.Eides bereit erklärt. Die klagende Gemeinde hatte die sofortige Zulassung bestritten, im Uebrigen aber die R. unter Voraussetzung der Ableistung des R.Eides zugegeben. Das Hofg. in D. legte dem Fiskalanwalt den R.Eid auf. Hiergegen appellirte der Fiskal, indem er zunächst behauptete, die Beweismittel hätten sofort und ohne R.Eid zugelassen werden müssen, jedenfalls sei die Eidesformel nicht richtig formulirt. Der Referent des O.A.Gs ging bei Beurtheilung dieser Beschwerden von folgenden Principien aus:

Da durch die nachgesuchte Rest. nicht unmittelbar die Beseitigung eines bereits rechtskräftigen Erkenntnisses bezweckt werde, so erscheine das Rest.gesuch nicht als das Rechtsmittel der R. des deutschen Rechts, sondern nur als das beneficium r. des röm. Rechts, bei welchem das behauptete neue Auffinden des Beweismittels als causa rest. erscheine, in Ansehung deren eidliche Bestärkung nur aus dem Gesichtspunkt als Bescheinigungsmittel (unabhängig von den hier nicht anwendbaren Vorschriften der Reichsgesetze über das Rechtsmittel der R.) betrachtet werden könne. Bezüglich des benef. r. stünden dem Fiskus jura minorum zu, auf deren Grund bloß wegen erlittner Läsion restituirt werde. Der Rest.grund des neuen Auffindens gehe in dem Privileg der minores auf. Aber auch die ad instar minorum Privilegirten seien an die Einhaltung des Quadriennium gebunden, dieses laufe dem Fiskus nach O.A.Gspräj. 150 von der erlangten Kenntniß der Läsion, und der Fiskus habe daher eintretenden Falls nachzuweisen, daß er die angeblich neu aufgefundenen Beweismittel innerhalb des Q. aufgefunden habe. Bei diesem Beweis sei er indessen keineswegs auf den offerirten Eid beschränkt, sondern es sei, wie gewöhnlich, Beweis aufzuerlegen und Gegenbeweis nachzulassen. Als eigentlicher Repräsentant des Fiskus erscheine nicht der Fiscal, sondern die O.Forst- und Dom.Direction.

Wende man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so liege darin, daß das HofG. dem Fiskus nur den Rest.eid ohne Rücksicht auf die Einhaltung des Q. auferlegt habe, offenbar eine von der Jatio nicht angefochtene Begünstigung, welche keinesfalls dem Fiskus einen Grund zur Beschwerde gebe, dagegen müsse es als beschwerend erachtet werden, daß der Fiskus auf den Eid als Bescheinigungsmittel beschränkt und

Digitized by Google

und daß dem Fiscalanwalt, statt der O. F. und D. Direction, der Eid auferlegt worden sei.

Der Correferent war hiermit einverstanden, allein das Colleg verwarf die Beschwerde auch in ihrer secundären Richtung, indem es annahm, „daß, weil der Anwalt des Aanten sich zur Bescheinigung des von ihm vorgebrachten R.Gesuchs für den Fall, daß demselben nicht alsbald unbedingt willfahrt werde, lediglich zu der Ableistung des R.Eides erboten und die Aatin hiergegen Nichts vorgebracht, solches vielmehr nachgegeben habe, die in Gemäßheit dieser Convention der Parthieen ertheilte, jetzt angefochtene HofGsverf. keine Beschwerde für den Aanten enthalte." — E. v. 20. Mai 1859.

66.

Stift Wallenstein in Kurhessen, Janten ca. Graf Schlitz, gen. Görtz, Jaten, Forderung betr. 1823—1827.

Restitution wegen factischen Hindernisses und wegen Privilegs der Minderjährigen.

Quadriennium. Beginn bei pia corpora mit der Kenntniß der Läsion. Die Kenntniß der Vorsteher gilt als diejenige des p. c. Haben die Vorsteher das Q. versäumt, so findet hiergegen keine Rest. statt. Ein wiederholtes Rest.gesuch kann nur auf neue Gründe gestützt werden.

Das Stift W. hatte die in der WO. vom 12. Jan. 1807 bestimmte einjährige Frist, innerhalb welcher die bei den obersten Reichsgerichten anhängigen Prozesse reassumirt sein sollten, widrigenfalls Verzicht auf Fortsetzung unterstellt werde, versäumt. Viele Jahre nach Ablauf dieser Frist kam das Stift um Restitution bei dem O.A.G. ein und erlangte Urtheil der Deputation dahin, daß die Restitution ertheilt werden solle, wenn das Stift, Gegenbeweis vorbehältlich, genügend erweise: „entweder, daß ihm unter der Westphäl. Regierung, namentlich im Jahre 1807, alle seine Documente abgenommen und erst jetzt, wenigstens nicht früher, als 4 Jahre vor angebrachtem R.G., zurückgeliefert worden seien"; oder „daß das Stift, oder seine Vorsteher, nicht früher, wenigstens nicht vor dem 10. Sept. 1818, Wissenschaft von der W.O. vom 1807 erlangt habe." Dabei war bemerkt, daß die letztere Alternative allenfalls durch die Vorsteher eidlich erhärtet werden dürfe. — Diese Entscheidung beruhte auf folgenden Hauptsätzen:

Die vom Stift zunächst behauptete Verhinderung erscheine als impedimentum facti, und das Q. erscheine gewahrt, wenn nach beseitigtem Hinderniß vier Jahre noch nicht verflossen seien. Soweit das R.G. lediglich auf die Eigenschaft des Stifts als pium corpus, gestützt werde, so

Digitized by Google

würden die den Minderjährigen Gleichgestellten bloß wegen Läsion restituirt, sie seien aber ebenfalls an das Q. gebunden. Bezüglich der Berechnung dieses letzteren müsse bei Kirchen und milden Stiftungen das Q. von der Kenntniß der Läsion gerechnet werden. Die Kenntniß der Repräsentanten erscheine aber als die Wissenschaft der Kirche und resp. Stiftung selbst, und wenn die Repräsentanten das Q. nach der Kenntnißnahme versäumt hätten, so werde hiergegen keine Rest. gewährt. Im concreten Falle behaupte das Stift, es habe früherhin keine Kenntniß der BO. von 1807 gehabt, und wenn dargethan werde, daß es diese Kenntniß erst innerhalb vier Jahren vor angebrachten Rest.G. erhalten, so sei damit die Wahrung des Q. dargethan. In Ermangelung anderer Beweismittel müsse hier eine allenfalls bloß eidliche Versicherung der Stiftsvorsteher genügen. —

Implorat hielt sich durch die zweite Alternative für beschwert und verfolgte Revision. Dieselbe wurde indessen am 10. Sept. wesentlich aus den früheren Gründen abgeschlagen.

In der Folge verzichtete das Stift, nachdem es mit obigen Beweisen präcludirt war, auf die bis dahin erhobene Restitution, um die Begründung eines neuen R.Gs zu versuchen. Der Jat wollte aber in diese Renunciation nicht einwilligen und verlangte, daß das Stift mit seinem Gesuche um Actenauslieferung nunmehr pure abgewiesen werde. Es wurde jedoch durch Bescheid vom 22. Febr. 1825 ausgesprochen, daß es allerdings bei der Renunciation sein Bewenden behalte und das Stift schuldig sei, dem Gegner sämmtliche Kosten zu ersetzen.

Das neuere R.G. des Stifts wurde nun darauf gestützt, daß wenn auch die früheren Vorsteher des Stifts die Frist zur Reassumtion des Prozesses nachlässigerweise versäumt hätten, so treffe doch in keinem Falle die jetzige Vorsteherin diese Nachlässigkeit, und das Stift selbst könne als pia causa nicht darunter leiden, vielmehr gebühre ihm aus diesem Grunde Restitution, da die den Minderjährigen Gleichgestellten R. gegen jede kurze Verjährung ansprechen könnten. Dieses Gesuch wurde aber durch E. der Dep. vom 6. Nov. 1826 und ebenso in der Revisionsinstanz am 28. Juni 1827 verworfen, da die Wiederholung eines Restitutionsgesuchs nur dann statthaft sei, wenn es in Wahrheit ein neues sei. Dieß sei nicht der Fall, denn es stütze sich, wie das frühere, auf das Privileg der minores. Wolle man es aber insofern auch als ein neues betrachten, als es auf die Nachlässigkeit der Vorsteher in Versäumung der Frist Bezug nehme, so sei es unzulässig, weil das Q. abgelaufen sei und hiergegen auch minores nicht restituirt würden.

Digitized by Google

67.

Hessen-Philippsthal u. Barchfeld ca. Solms-Hohen-Solms, peto ad impl. ꝛc. 1831—1836.

Restitutionsgesuch gegen den Ablauf der durch die VO. v. 12. Jan. 1807 für die Reassumtion reichsgerichtlicher Prozesse bei dem O.A.G. vorbestimmten einjährigen Frist.

Unkenntniß der fraglichen VO. und factische Verhinderung als Restitutionsgrund. Uebergang der Restitution auf die Erben. Quadriennium, Nichtanwendbarkeit des R. D. A. v. 1600 §. 86 und Gem. Besch. O.A.Gs vom 9. Jan. 1817. Der offerirte Eid als Bescheinigungsmittel. Normirung desselben de nescientia und mit dem Zusatz „dienlicher Nachforschungen ungeachtet." Die Auflage „zu beweisen" schließt Zulässigkeit von „Bescheinigung" nicht aus. Ort der Eidesleistung.

Der am 10. Aug. 1810 verstorbene Landgraf Wilhelm zu H. Ph. hatte unterlassen, den bei dem Reichshofrath anhängigen Prozeß innerhalb der durch die hess. VO. v. 12. Januar 1807 vorgeschriebenen einjährigen Frist zu reassumiren. Viele Jahre nach dessen Tod bat sein Sohn und Erbe, Landgraf Ernst zu H. Ph., um Restitution wegen dieser Unterlassung, indem er im Wesentlichen hervorhob, daß sein Vater keine Kenntniß der fragl. VO. gehabt habe, oder doch durch Kriegsdrangsale und die von der Regierung des vormal. Königreichs Westphalen erduldeten Verfolgungen factisch verhindert gewesen sei, ihrer Vorschrift zu genügen; daß aber, was die anscheinende Verjährung betreffe, das Quadr. zur Zeit des Ablebens seines, des Imploranten, Vaters noch im Laufe gewesen sei, und die ihm, dem Janten, verbliebene Frist gewahrt erscheine, wenn man sie von dem Tage der Erbschaftsantretung, oder von dem Tage der Kenntnißnahme der Sache, oder von dem Wegfall seiner (näher erläuterten) factischen Verhinderung berechne. — Auf dieses Gesuch erkannte die Deputation des O.A.Gs durch Urtheil vom 25. Oct. 1831, daß Implorant zu beweisen habe: a) daß sein Vater Landgraf Wilhelm entweder keine Kenntniß der erwähnten V.O. gehabt habe, oder doch factisch verhindert gewesen sei, ihrer Vorschrift zu genügen; b) daß die Frist, welche von dem dem Landg. W. zur Geltendmachung seiner Rest.gründe gesetzlich verstatteten Quadr. bei dessen Ableben übrig gewesen, bei der Eingabe des Rest.gesuchs gewahrt erscheine, wenn man sie entweder von dem Tage, wo Implorant die väterliche Erbschaft angetreten, oder von der Zeit an berechne, wo derselbe Kenntniß der Sache erlangt habe, oder wo er nicht mehr factisch verhindert gewesen sei, um Rest. zu bitten. — Auf, von den Imploraten verfolgte Revision, nach welcher die Jaten das Rest.gesuch

Digitized by Google

namentlich als verspätet zurückgewiesen haben wollten, wurde dieses Urtheil am 1. Nov. 1833 lediglich, jedoch mit dem erläuternden Anhang bestätigt, daß der generell auferlegte Beweis der „factischen Verhinderung des Imploranten" sich auf die speziell behaupteten Kriegsdrangsale und erduldeten Verfolgungen, vorbehältlich der näheren Ausführung in Absicht auf Umfang und Folgen, zu beschränken habe.

Motivirt waren diese Entscheidungen im Wesentlichen durch folgende Erwägungen:

Es handle sich hier um eine rest. ex generali clausula, deren Zulässigkeit auf einen Fall der vorl. Art im Allgemeinen schon in S. Wallenstein ca. Görz (Beleg 66) anerkannt sei. Derartige Restitutionen seien an den Zeitraum von vier Jahren gebunden, es seien aber die Meinungen der Rechtslehrer darüber getheilt, ob das Q. ein tempus utile ratione initii sei, oder nicht. Die Praxis habe indessen ersteres angenommen. Glück Thl. V B. 4 Tit. 1 §. 439. Auch bei der vorl. Rest. stelle sich die Wahrung des Q. als Voraussetzung deren Statthaftigkeit dar. Vermöge besonderer, aus den röm. Gesetzen nachgewiesenen Bestimmungen könnten Kinder gegen die Handlungen resp. Unterlassungen ihrer leiblichen Eltern keine Rest. erhalten, Thibaut System §. 1187, wohl aber gehe die Rest. auf die Erben alsdann und insoweit über, als für den Erblasser Restitutionsgründe vorgelegen hätten, und das Q. noch nicht abgelaufen gewesen. Es komme jedoch dem Erben nur noch diejenige Frist zu gut, welche dem Erblasser zur Zeit seines Todes noch übrig gewesen, und sie nehme bei nicht minderjährigen Erben mit dem Augenblick, wo diese die Erbschaft anträten, ihren Anfang. Glück l. c. §. 443 S. 459. In Bezug auf den zuletzt berührten Punkt folge es jedoch aus der Analogie und dem allgem. Satze: agere non valenti non currit praescriptio, daß der Erbe zur Zeit der Erbschaftsantretung Kenntniß der Sache gehabt habe und nicht factisch verhindert gewesen sei, die ihm von dem Q. übrig gebliebene Zeit zu benutzen. — Der Restitutionsgrund der Unkenntniß der VO. v. 1807 sei erheblich. Die Regel: ignorantia juris cuique nocet habe ihre bekannten Ausnahmen, sie sei im Allgemeinen und unter der Einschränkung zu verstehen, wenn der die Rechtsunwissenheit Vorschützende die nöthige Rechtsbelehrung hätte erhalten können, oder selbst Rechtsgelehrter sei. Glück l. c. Thl. 22 S. 361 vgl. mit 282, 305 u. 318, und dann sei insofern billig ein Unterschied zu machen, ob eigentliche Unterthanen, oder Fremde aus Unwissenheit etwas versehen, versäumt hätten. Letzteren werde leichter, als ersteren, die Unwissenheit nachgesehen, und, wenn ihnen ein positiver Schaden erwachse, Rest. ertheilt; Glück l. c. Thl. 1 §. 20. Das Edict vom 12. Jan. 1807 sei nun aber ein particuläres und unläugbar exorbitantes Gesetz ꝛc. —

Die in der Revisionsinstanz von den Imploraten behauptete Verspätung war wesentlich darauf gestützt worden, daß der R. D. A. v. 1600

Digitized by Google

§. 86 und nach ihm der Gem. Bescheid des O.A.Gs vom 9. Jan 1817 für Restitutionen nur eine der ursprünglichen Frist gleich lange Frist, in concreto also nur ein Jahr, statuirten; allein dieser Einwand wurde namentlich auch deßhalb verworfen, weil es unstatthaft sei, dasjenige, was die fraglichen Vorschriften von Rest.gesuchen wegen versäumter richterlicher Fristen in anhängigen Prozeßsachen hinsichtlich der Rest.bittfrist festsetzten, als einen allgemeinen Grundsatz zu behandeln und mittels der Generalisirung dieser besonderen prozeß. Vorschrift die Verordnungen des römischen Rechts über die Zeit der geltend zu machenden prätorischen Restitutionen zu aboliren. Schweppe's gegentheilige Ansicht sei um so weniger zu adoptiren, als die tägliche Erfahrung bei dem obersten Tribunal zeige, daß das für die prätorischen Restitutionen eingeführte Q. constant beobachtet werde. Das Q. sei nun aber nach der Praxis (Wallenstein ca. Görtz) von der Kenntniß der Läsion zu berechnen. —

Nachmals brehte es sich bei der Deputation um die Fragen, ob der offerirte Eid des Imploranten ein zulässiges Beweismittel sei, und, bejahenden Falls, wie der Eid zu normiren, und ob dem Imploranten zu gestatten sei, den Eid vor dem Richter seines Wohnortes zu leisten. Durch Urtheil vom 16. Jan. 1863 wurde erkannt: I. daß implorantischer Theil zu der anerbotenen eidlichen Erhärtung der Rest.causalien zuzulassen, die Eidesformeln aber dahin abzufassen seien: daß er, obgleich er deßhalb alle ihm zu Gebot gestandenen zweckdienlichen Nachforschungen angestellt habe, dennoch weder wisse, noch glaube, daß sein verlebter Vater Kenntniß der VO. vom 12. Jan. 1807 gehabt habe; sodann daß ihm, dem Janten selbst, von der Existenz dieser VO. vor dem Jahre 1825 Nichts bekannt gewesen sei; II. daß dem Janten gestattet sei, gegen Uebernahme der dadurch etwa veranlaßten größeren Kosten, die vorbemerkten Eide an seinem Domicile vor seinem, für diesen Zweck zu requirenden ordentlichen Richter abzuleisten. — Dabei ging die Deputation davon aus, daß die Worte des Urtheils vom 25. Oct. 1831: „zu beweisen habe". die Zulässigkeit von Bescheinigung nicht ausschlössen, daß der Rest.eid auch de nescientia et de credulitate abgeleistet werden könne, insofern es sich um facta aliena handle, und daß der hohe Stand des Imploranten und dessen Entfernung vom Gerichtssitz die Ableistung mod. req. rechtfertigten. — Die Imploraten verfolgten hiergegen Revision, weil die Eidesoblation überhaupt resp. nach O.A.GsPräj. 88 kein zulässiges Beweismittel des Irrthums sei, außerdem Beweis auferlegt und Gegenbeweis vorbehalten worden sei; die Beschwerden wurden indessen am 16. Juli 1839 für unbegründet erklärt. Bezüglich des O.A.GsPräj. 88 wurde insbesondere hervorgehoben: Dasselbe habe durchaus keinen Bezug auf die Bewahrheitung der causa rest. durch den Eid bei Rest.gesuchen gegen versäumte Fristen. In der betr. Relation sei von dem Beweise des Irrthums, durch welchen ein civilrechtlicher Anspruch oder Einwand begründet werden solle, namentlich

Digitized by Google

vor dem Anspruch auf die prätor. W. E. gegen ein obligatorisches Rechtsgeschäft ex causa erroris, wobei die gewöhnlichen Grundsätze über Beweis zur Anwendung zu kommen hätten, die Rede, nicht aber von dem benef. rest. in Processe, bei dessen Ertheilung nicht der gewöhnliche strenge Beweis der causa, sondern nur eine außerordentliche Beweisart durch Bescheinigung verlangt werde. Zu diesen außerordentlichen, bei dem benef. rest. zureichenden Beweismitteln, gehöre aber nach der festen Rechtsprechung des O.A.Gs auch der offerirte Eid, und erhelle, daß an dieser Rechtsprechung durch das fragl. Präj. Nichts habe geändert werden sollen, unzweifelhaft namentlich aus dem demselben zum Grund liegenden Gutachten, indem dort die Zulässigkeit des Erbietens zum Eid bei Rest. gegen Fristversäumnisse im Prozesse durchaus nicht in Abrede gestellt werde. — Die Worte des Urtheils: „zu beweisen", seien so wenig erheblich, als der Vorbehalt des Gegenbeweises. „Bescheinigung" sei eine Species des Beweises, und auch beim offerirten Eid sei ein Gegenbeweis gedenkbar und zwar sowohl als eigentliche Beweisvernichtung durch den Beweis des Meineids, als auch durch den Beweis, daß irrig falsch geschworen worden sei, wie dieß auch bei dem richterlichen Notheid platzgreiflich sei. Linde Lehrb. von 1825 §. 221. Gensler Arch. f. c. Pr. IV. S. 119. 2.

68.

Zulässigkeit von Gegenbeweisführung gegenüber einem auf Zulassung neuer Vorbeweismittel gerichteten Restitutionsgesuch. Kann der Implorat auch auf nochmalige Vernehmung früherer Zeugen antragen? Fällt ein bereits im Restitutionsweg benanntes Beweismittel weg, so können an dessen Stelle nicht k. H. (ohne Restitution) andere Beweismittel substituirt werden. Beneficium novorum.

Vetter in Winterkasten, Bekl., Aanten ca. P. Hofmann V. von da, Kl., Aaten, Wässerungsrecht betr. 1861.

Kläger war im Restitutionsweg mit einer neuen Beweisantretung zugelassen worden. Mit der Erklärung auf diese Beweisantretung verband der Beklagte: 1) den Antrag auf Vernehmung dreier, früher nicht benannter Gegenbeweiszeugen, 2) den Antrag auf nochmalige Abhör zweier, früher schon abgehörter Zeugen, und später (nach Ablauf der Frist zur Erklärung auf die Beweisantretung) bat er noch 3) um Vernehmung einer weiteren, früher nicht vernommenen Zeugin, indem er die Zulässigkeit der letzteren Zeugin damit zu begründen suchte, daß ihm keine Frist zur Gegenbeweisantretung auf die neue Beweisantretung vorbestimmt

Digitized by Google

worden sei, und die neue Zeugin an Stelle einer anderen, inzwischen verstorbenen Zeugin benannt werde. — Gegen das in erster Instanz erlassene Erkenntniß verfolgte der Beklagte Appellation und machte eventuell von dem beneficium novorum in Ansehung der nach Ablauf der Erklärungsfrist auf Beweisantretung namhaft gemachten Zeugin Gebrauch. Aus der desfallsigen Begutachtung des Referenten, dessen Anträge, insoweit hier erheblich, vom Hofg. in D. gebilligt wurden, heben wir Folgendes hervor:

Zu 1. Der erste Antrag sei zulässig. Werde Jemand auf dem Restitutionswege zu einer neuen Beweisantretung zugelassen, so werde ihm hiermit ein neuer Angriff gestattet, und gegen diesen neuen Angriff müsse schon an sich ohne Weiteres eine neue Vertheidigung gestattet sein. Als eine bloße Vertheidigung erscheine aber die directe Gegenbeweisantretung der Beweisantretung gegenüber. Der Angegriffene bemesse von vornherein nach dem Grade und der Stärke der Angriffsmittel die Mittel der Vertheidigung und des Gegenangriffs, er sei nicht schuldig, bei dem ersten Angriff und für den Fall eines weiteren Angriffs schon alle seine Vertheidigungsmittel, welche nicht zur Abwehr des ersten Angriffs, sondern erst gegen einen weiteren Angriff nöthig sein sollten, schon in das Feld zu führen. So wie das Product erst mit der Mittheilung der Beweisantretung überhaupt aufgefordert, beziehungsweise verpflichtet werde, ebenso müsse eine neue Beweisantretung auch zu einer neuen Vertheidigung und somit auch zu einer neuen Gegenbeweisantretung, welche nur eine Species der Vertheidigung sei, berechtigen. Man sage gewöhnlich, was dem einen recht sei, das sei dem Andern billig. Hier müsse man sagen, „was dem Einen billig ist, ist damit dem Andern Recht", d. h. was dem Einen aus Billigkeitsgründen gestattet sei, das habe ein Recht des Gegners zur Folge, ohne daß ihm besondere Billigkeitsgründe zur Seite stehen müßten [1]).

---

[1]) In S. Diffene ca. Gremin hat das Hofg. in D. eine derartige Gegenbeweisantretung ebenfalls zugelassen, da

1) auch der Implorat bei der Restitution in die frühere Lage und sein volles Recht zurückversetzt werden müsse;

2) die Natur der Sache und die Billigkeit dafür spreche;

3) die Eventualmaxime die Parthie nur verpflichte, alle diejenigen Vertheidigungsmittel beizubringen, welche nach der jedesmaligen Aktenlage durch den vorhergehenden Angriff veranlaßt worden seien;

4) Die Rechtsprechung sich so festgestellt habe. (Bezugnahme auf ob. Rechtsfall und Rettig v. Seidenbach ca. Ph. Fähndrich das. Weggerechtigkeit betr.) — E. v. 12. Mai 1862.

Digitized by Google

Zu 2. Der zweite Antrag sei unzulässig. Ueber Punkte, über welche ein Zeuge bereits früher vernommen sei, könne keine nochmalige Vernehmung stattfinden. Bekl. habe keine neue Momente benannt, über welche die Zeugen deponiren sollten. Er sage zwar, daß er erst wissen und beziehungsweise abwarten müsse, was die neuen klägerischen Zeugenaussagen enthalten würden, um hiernach die Punkte für die Gegenbeweisantretung bestimmen zu können. Allein für die Beweisführung sei durch das Beweisinterlocut schon im Allgemeinen das Thema vorgezeichnet, über welches sich die Vorbeweiszeugen zu verbreiten hätten. Sollten aber demnächst die neuen Vorbeweiszeugen über Punkte sich verbreiten, welche nur mittelbar auf das Beweisthema Bezug hätten, so seien die Gegenmomente, welche einen neuen Stoff für eine Gegenbeweisführung darbieten könnten, entweder dem Beklagten jetzt schon, beziehungsweise die Wissenschaft der Gegenbeweiszeugen hiervon, jetzt schon bekannt, oder nicht. Im ersten Falle hätten sie schon jetzt bezeichnet werden müssen, im letzteren Falle könne der Beklagte später noch im Rest.wege mit der desfallsigen Gegenbeweisantretung, also auch noch mit den vernommenen Zeugen hervortreten. Allein es widerspreche unserem Verfahren, mit der Angabe der einzelnen Momente für die Gegenbeweisantretung so lange zu warten, bis die Vorbeweisführung zu Ende geführt sei.

Zu 3. Auch dieser Antrag sei unzulässig. Das Beweisinterlocut spreche kathegorisch aus, daß die Gegenbeweisantretung mit der Erklärung auf die Beweisantretung zu verbinden sei. Dieser Ausspruch, der allgemeinen rechtlichen Grundsätzen entspreche, gelte ganz allgemein und beziehe sich nicht bloß auf die erste Gegenbeweisantretung, sondern beziehe sich auf jede Gegenbeweisantretung. Daher sei die Zeugin nicht ohne Weiteres zulässig, sie werde es aber auch nicht dadurch, daß sie an Stelle einer weggefallenen Zeugin benannt werde. Denn es komme hier in Betracht, daß die weggefallene Zeugin selbst erst im Restitutionswege eingebracht worden sei, und nur an der Stelle solcher weggefallenen Zeugen, welche im ordentlichen Wege benannt worden seien, andere Zeugen substituirt werden könnten. Auf die im ordentlichen Wege benannten Zeugen habe Producent von Anfang an rechnen und es deßhalb nicht für nöthig halten können, noch weitere zu benennen. Darum solle er, wenn diese so benannten Zeugen weggefallen seien, um seinem unvorhergesehenem Schaden wieder beizukommen, an der Stelle solcher Zeugen andere benennen können. Ganz anders verhalte es sich mit Zeugen, welche Producent vorher gar nicht gekannt habe und auf welche er deßhalb nicht habe rechnen können.

Was das zur Hand genommene beneficium novorum betreffe, so stehe es zwar richtig, daß nach O.A.G.Präj. 1 in der App.instanz dann neue Beweismittel vorgeführt werden dürften, wenn die sententia a qua schon eine Beschwerde enthalte. Allein unter der sent. a qua, welche als

Digitized by Google

beschwerend erscheinen müsse, um mit neuen Beweismitteln zugelassen werden zu können, sei offenbar nur ein Enderkenntniß, beziehungsweise ein solches Erkenntniß gemeint, welches über das Resultat eines geführten Beweises entscheide, nicht aber ein Zwischenerkenntniß der vorl. Art. Sei ein solches, über das Resultat eines geführten Beweises entscheidendes Urtheil irgendwie beschwerend, dann dürften, wenn der Appellationseid ausgeschworen werde, zur Unterstützung des vorhandenen Beweismaterials noch andere Beweismomente vorgeführt werden. Vorausgesetzt werde aber hierbei weiter, daß das angebliche novum sich gerade auf den Beschwerdepunkt beziehe. Auch dieser Fall liege nicht vor. — Erk. v. 1. Mai 1861.

69.

Nik. Becker v. Kl.-Breitenbach, Bekl. ꝛc. ca. We des Aaron Baruch Meyer v. Reichelsheim. Fordr. betr. 1860.

Suspensiveffect der Restitution nach eingetretener Rechtskraft.

Ges. v. 20. August 1818, Art. 15. Damit die Vollstreckung gehemmt werde, bedarf es nur der Ertheilung der Restitution ohne Rücksicht auf die Rechtskraft der Ertheilung.

Das O.A.G. erließ am 24. October 1860 folgendes Dekret:

Auf den Bericht . . . eröffnen wir Ihnen, daß wir — in Erw. daß der Art. 15 des Gesetzes vom 20. August 1848 die Frage entscheiden will, wann künftig das beneficium und das remedium rest. die Vollstreckung des rechtskräftigen Endurtheils hemme, diese Frage aber selbstverständlich in dem Falle gar nicht entstehen kann, in welchem gegen ein Endurtheil bereits rechtskräftig Restitution ertheilt worden ist, indem dann das im Wege der Restitution rechtskräftig aufgehobene Endurtheil überhaupt keine Wirkung mehr äußern, folglich auch von Suspendirung seiner Execution gar keine Rede sein kann; in Erw. hiernach der gedachte Art. 15 lediglich die Fälle im Auge haben kann, in welchen entweder noch keine Restitution ertheilt, oder die ertheilte Restitution noch nicht die Rechtskraft beschritten hat, und eben daher der allegirte Artikel nur von Ertheilung der Restitution, nicht aber von der rechtskräftigen Ertheilung der Restitution spricht; in Erw. mit dieser grammatischen und logischen Interpretation auch die Regierungsmotive zu gedachtem Gesetze übereinstimmen, indem solche ausdrücklich besagen, daß aus dem Grundsatze, nach welchem der bestehende Zustand dessen, der gegen ein Urtheil in den vorigen Stand wieder eingesetzt ist, nichts verändert werden solle, die Folge sich ergebe, daß, wenn gegen ein die Rest. ertheilendes Erkenntniß appellirt werde (— also letzteres noch nicht rechtskräftig geworden ist —) mit der Vollstreckung des rechtskräftigen Endurtheils, gegen welches Rest. gesucht ist, so lange eingehalten werden müsse, bis etwa das die W. E. aussprechende Erk. in

Digitized by Google

der höheren Instanz aufgehoben werde, vgl. Beil. Nr. 521 zu den Verhandlungen der II. Kammer der Stände 1847—48 zum Protokoll Nr. 82 vom 30. Juni 1848. Seite 5—7. IV.; in Erw. demgemäß der Schlußsatz des Art. 15, welcher von der Cautionsforderung handelt, nur auf den obengedachten andern Fall zu beziehen ist, in welchem die Rest. noch nicht ertheilt resp. der Act noch nicht eingetreten ist, an welchen das Gesetz den fragl. Suspensiveffect knüpft — die von dem Beklagten gegen Ihre Verfügung vom 7. Sept. d. J. an uns verfolgte außergerichtliche Beschwerde für begründet erachtet haben.

70.

Allgem. geistl. Wittwenkasse der Prov. Oberhessen ca. Waisenhausbuchführer Weiß zu Hanau z. S. des Letzteren ca. Eidmanns Ehefrau zu Altenschlirf. 1849.

Restitution gegen Versäumung des Liquidationstermins im Concurse wegen Nachlässigkeit des öffentlichen Anwaltes.

Wirkung einer solchen Restitutionsertheilung gegen Dritte nach erledigtem Concurse.

Weiß hatte versäumt, seine angeblich hypothekarisch versicherte Forderung im Concurse des Johannes Eidmann anzumelden. Nachdem dieser Concurs durch ein gütliches Arrangement der Gläubiger mit der Ehefrau des Cridars dahin erledigt worden, daß diese gegen Uebernahme der ganzen Masse und gewisse von den Gläubigern ihr gemachte Concessionen, zur Bezahlung der angemeldeten Forderungen sich verstanden hatte, nachdem ferner die Ehefrau des Cridars, diesem vorgängig, eine neue Hypothek zu Gunsten der alleg. geistl. Wittwenkasse der Prov. Oberhessen errichtet, dann aber Weiß Rest. gegen seine Präclusion von der Concursmasse der Ehefrau des Cridars gegenüber erwirkt hatte, kam es zwischen Weiß und der Wittwenkasse zum Streit darüber: ob mit der dem ꝛc. Weiß ertheilten Restitution zugleich auch der Vorzug des Alters seiner Hypothek, der neuen Hypothekargläubigerin gegenüber, wieder aufgelebt sei, oder ob Weiß der letzteren nachstehen müsse.

Die Sache gelangte an das H.A.G. Der Referent warf namentlich folgende Fragen auf: I. Welche Wirkung knüpft sich an die in dem Eidmann'schen Concurse eingetretene Präclusion des ꝛc. Weiß mit seiner Forderung, hatte insbesondere diese Präclusion den Verlust seines Pfandrechts zur Folge, und bedurfte also derselbe der Restitution, um das im Jahre 1818 ihm angeblich constituirte Pfandrecht wirksam verfolgen zu können? II. Kann der in S. Weiß ca. J. Eidmann und dessen Ehefrau durch Rescript Grn HofGs zu G. vom 17. Jan. 1839 dem Ersteren ertheilten Restitution gegen die Versäumung des im Eidmann'schen Concurs gestandenen Liquidationstermins auch der jetzigen Oberacantin (Wittwenkasse) gegenüber die Wirkung eines ihrerseits unanfechtbaren richterlichen Judicats beigelegt werden? III. Erscheint das von dem OAaten geltend gemachte, eventuell auch jetzt gegen die Oaantin gerichtete Rest.gesuch als begründet und demnach, der dawider von der Wittwenkasse vorgebrachten

Digitized by Google

Einwendungen unerachtet, jene hofgerichtliche Verfügung vom 17. Januar 1839 als gerechtfertigt? und bejahenden Falls IV. kann der hiernach dem OAaten zu ertheilenden W. i. d. v. St. die Eigenschaft einer rest. in rem dergestalt beigelegt werden, daß der Vorzug des Alters seiner, ihm im Jahr 1818 constituirten Hypothek auch der OAantin gegenüber volle Geltung erlangt?

Zu I. führte der Referent aus, daß Weiß nicht ohne vorausgegangene Restitution gegen die Präclusion das in Folge derselben erloschene Pfandrecht geltend machen könne.

Zu II. wurde die Frage verneint. Der Referent bemerkte insofern: Zu den Fundamentalprincipien des deutschen Prozesses gehört der Grundsatz: audiatur et altera pars, oder wie die altdeutsche Parömie sehr bezeichnend sich ausdrückt: „Eines Mannes Rede eine halbe Rede, man soll sie hören beede." Eine nothwendige Folge dieses Grundsatzes ist es, daß die res judicata nur unter den Parthieen, zwischen welchen die entschiedene Sache verhandelt worden, Wirkung äußert; was aber von der Wirkung eines rechtskräftigen richterlichen Erkenntnisses gilt, muß auch auf die von dem Richter ertheilte Rest. Anwendung leiden, weil jedes gerichtliche Verfahren von jenem Grundsatz beherrscht wird. (Bezugnahme auf Burchardi S. 566) ꝛc. Hiernach sei die Hofgerichtliche Verfügung vom 17. Jan. 1839 ein judicatum inter alios, welches der Wittwenkasse nicht präjudiciren könne.

Zu III. hob der Referent hervor: Voraussetzung jeder Restitution sei es bekanntlich: 1) daß eine Verletzung vorliege, welche durch W. i. d. v. St. aus dem Wege geräumt werden solle, 2) daß ein gesetzlicher Rest.-grund vorhanden sei, und 3) daß keiner der Ausnahmsfälle vorliege, in welchen die Rest., auch unter Voraussetzung jener beiden ersteren Bedingungen, gänzlich ausgeschlossen sei.

Das Vorhandensein des ersten Requisits wurde vom Referenten unbedenklich bejaht, ebenso das zweite, da es festgestellt sei, daß Adv. M. die Versäumung des Liquidationstermins verschuldet habe. Zu 3 erklärte er die aus der Subsidiarität der R. hergenommenen Bedenken für unerheblich. Die Ausklagung des schuldigen Anwalts sei nach dem Ges. v. 1. Mai 1830 Art. 11 nicht nöthig, und ebenso wenig die Ausklagung der Concursgläubiger, welche in Folge der Präclusion des ꝛc. Weiß mehr erhalten hätten, als es in Concurrenz mit diesen der Fall gewesen, denn diese hätten ebenfalls nur mediante restitutione belangt werden können, bei Concurrenz mehrerer subsidiären Klägern müsse es aber dem ꝛc. Weiß freistehen, zwischen den Klägern zu wählen. Schneider über die allgem. subsidiären Klagen des röm. Rechts S. 207—214.

Ferner bemerkte der Ref., der Einwand, welcher aus der Nichtwahrung der Rest.bittfrist hergeleitet werde, sei unbegründet. Es komme in concreto darauf an, ob die Frist der Eidmanns Ehefrau gegenüber gewahrt sei. Dieß müsse aber angenommen werden, denn einestheils sei keine Präclusionsverfügung ergangen, wie sie Art. 9 des Ges. v. 1. Mai 1830 voraussetze, eventuell sei aber die Frist gewahrt.

Zu IV. war der Referent der Ansicht, daß der W. i. d. v. St. des ꝛc. Weiß die Eigenschaft einer auch gegen die OAantin als dritte Person wirkenden rest. in rem nicht beigelegt w. könne. Die Frage sei ihm übrigens sehr zweifelhaft gewesen. Nach einer umfassenden Darlegung der Ansichten der Rechtslehrer: v. Wening-Ingenheim VI §. 6, §. 13. VI. Buch. §. 21. Schweppe §. 984. 986. Mühlenbruch I, §. 160. §. 267. Makeldey Lehrb. §. 717. Glück Comm. V. §. 443. Burchardi §. 30. v. Savigny VII §. 336. 343. Puchta Vorles. I §. 106. §. 142 bemerkt er, daß, obschon über

Digitized by Google

die Frage, in welchen Fällen die rest. zugleich in rem wirke, und in welchen Fällen nur in personam? in der Doctrin sehr schwankende, zum Theil eines leitenden und durchgreifenden Princips entbehrende Ansichten herrschten, doch die folgenden Sätze mit der gemeinen Meinung im Einklang stünden: 1) Die Wirksamkeit der Rest. in Bezug auf die Personen, gegen welche sie verfolgt w. kann, ist bedingt durch die Beschaffenheit des zu restituirenden Rechts, so daß in der Regel nur da, wo dieses auch gegen dritte Personen, außer dem Lädirten, wirkt, der auf Wiederherstellung dieses Rechts gerichteten Rest. die Eigenschaft eines rest. in rem beigelegt w. kann. 2) So oft dagegen in Vertrags- oder sonstigen Verhältnissen, welche eine persönliche Klage und nur eine solche begründen, eine Läsion stattgefunden hat, kann in der Regel um Rest. nur gegen diejenige Person nachgesucht werden, gegen welche jene persönliche Klage zu richten ist; zum Nachtheil dritter Personen hat eine solche Rest. keine Wirkung. 3) Ausnahmen von diesen beiden Regeln bedürfen einer Nachweisung aus den Gesetzen, und es müssen darum dieselben überall zur Anwendung kommen, wo eine exceptionelle Bestimmung der Gesetze sich nicht nachweisen läßt.

Von diesen leitenden Grundsätzen ausgegangen, sei zwar soviel klar, daß das von ꝛc. Weiß in Anspruch genommene Pfandrecht, welchem derselbe Geltung verschaffen wolle, seiner dinglichen Natur nach gegen dritte Besitzer verfolgt werden könne, es könne indessen nicht diese Natur des Pfandrechts die entscheidende Rücksicht abgeben, nach welcher die Wirksamkeit der vorl. Restitution zu bestimmen sei, denn neben derselben habe das Pfandrecht noch eine andere, hier prävalirende Eigenschaft, die Eigenschaft nämlich, daß es als accessorisches Recht eine in rechtlicher Wirksamkeit bestehende Forderung voraussetze, und daß darum im Falle der Erlöschung der letzteren die Wiederherstellung derselben zugleich Bedingung für die Wiederaufhebung des Pfandrechts sei. Eben deßhalb habe Weiß sein Rest.gesuch nur gegen die Eidmann Ehefrau, als die jetzige Vertreterin der Eidmann'schen Concursmasse, richten können, weil ihm nur an diese ein Forderungsrecht zugestanden habe, und nur die Natur dieses Hauptrechts, ohne dessen vorherige Wiederherstellung ein auf Wiederherstellung des erloschenen Pfandrechts gerichtetes Rest.gesuch ganz inan gewesen sein würde, könne die Wirksamkeit der ertheilten Rest. bestimmen, woraus von selbst folge, daß die oben hervorgehobene zweite Regel hier zur Anwendung kommen müsse, da das hier zu restituirende Hauptrecht nur eine persönliche Klage begründe. Es habe überdieß die Nichtanmeldung der dem OAaten zugestandenen Forderung in dem Eidmann'schen Concurse einen Verzicht auf Befriedigung dieser Forderung aus der Concursmasse involvirt, und es habe dieser, von der Gesammtcreditorschaft durch den Abschluß eines gütlichen Arrangements factisch acceptirte Verzicht ein vertragsähnliches Verhältniß begründet, welches nur allein mittelst einer persönlichen Rest.Klage wieder habe aufgelöst werden können, so daß, auch von dieser Seite betrachtet, die Annahme als gerechtfertigt erscheine, daß der hier in Rede stehenden Restitution nur allein der Charakter einer rest. in personam beigelegt werden könne ꝛc.

In der vorstehend entwickelten Ansicht werde Ref. übrigens um so mehr durch die Betrachtung bestärkt, daß hier zwar beide Theile de damno vitando stritten, daß jedoch der Thatumstand, welcher das in Rede stehende damnum zur Folge gehabt habe, in der Person des OAaten, resp. des von ihm bestellten Anwalts sich ereignet habe, und daß es hier um so unbilliger sein würde, hierunter nicht den OAaten, sondern lediglich die ganz unschuldige OAantin leiden zu lassen, als, während dem Ersteren nicht nur eine

Digitized by Google

Rest.klage gegen einzelne Concursgläubiger, im Sinn des Nr. 80 der gedr. Präj., sondern auch eine Regreßklage gegen seinen nachlässigen früheren Anwalt resp. dessen Erben zu Gebot stünden, durch deren Verfolgung er vielleicht allen Schaden von sich abwenden könne, die OAantin schwerlich im Stande sein würde, in gleicher Weise sich gegen Schaden zu schützen. Wenn hiernach die Sache der OAantin ganz offenbar die aequitas für sich habe, so werde auch in dubio zu ihren Gunsten entschieden werden müssen, da die Rest. gerade auf der aequitas beruhe, und darum gerade hier die Anwendung des von Paulus in fr. 90. Dig. 50. 17 ausgesprochenen Grundsatzes: „In omnibus quidem maxime tamen in jure aequitas spectanda sit", gerechtfertigt sein dürfte.

Schließlich bemerkte der Referent, daß, was das gegen die OAntin gerichtete event. Rest.gesuch des OAaten betreffe, sich dessen Unstatthaftigkeit von selbst ergebe, wenn die vorhergehenden Ausführungen richtig seien. Könnte aber auch dem OAaten die Befugniß zur Geltendmachung eines wider die OAantin zu richtenden selbstständigen Rest.-gesuchs eingeräumt werden, so könne sich die OAantin dem gegnerischen Rest.gesuch gegenüber auf den Grundsatz berufen: privilegiatus contra aeque privilegiatam jure suo non utitur, weil der jura minorum genießenden OAantin gegenüber der dem OAaten zu statten kommende Restitutionsgrund jedenfalls nicht stärker wirken könne, als die in den Gesetzen vorzüglich begünstigte minor aetas.

Nach Erkennung der vollen Prozesse wurden die Anträge des Ref. am 7. Nov. 1849 (per majora) genehmigt. —

Ueber die Wirkungen der Restitution vgl. auch die Rel. des O.AGs in der conneren Sache: Gumb Isaak Rosenberg zu Lichenrod, Intervenienten ca. Waisenhausbuchführer Weiß in Hanau z. S. des Letzteren ca. Joh. Eidmanns Wittwe zu Altenschlirf Hypothekforderung betr. (1847); sowie die Abhandlung von Zimmermann im Arch. f. pr. R. W. Bd. I Heft 1 S. 89, wo die zwei Rechtsfälle behandelt sind.

Digitized by Google

Berichtigungen.

I. Zur systematischen Bearbeitung.

S. 5 Z. 19 v. u. lies 9. Januar statt 19. Januar.
S. 6 Z. 14 v. u. lies nach 208: Beiträge zum Civilprozeß. 1836.
S. 6. Nach Zeile 20 v. o. ist zu lesen: Hartter, die Wiedereinsetzung in den vor. Stand gegen verlorne Prozeßfristen und ihr Unterschied von andern Restitutionen, in der Zeitschrift für Civilrecht und Civilprozeß, Neue Folge Bd. XX Nr. 4 u. 5; die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen richterliche Entscheidungen l. cit. Bd. XXI Nr. 5 u. 6.
S. 10 Z. 14 v. u. lies nach verlor: unter Umständen.
S. 12 Z. 4 v. u. lies statt §. 49: §. 55.
S. 12 Z. 1 v. u. lies nach Haingründau: Beleg 53.
S. 17 zu Note 4: Vergleiche hier zu b: Beleg 9. 19. 20. 21. 22; zu c: Beleg 30, auch 13. 15. 16. 17; zu d: Beleg 64. 1. Zu e: Beleg 11. 12; zu f: Beleg 45.
S. 18 zu Note 5: Siehe besonders Beleg 13. 19. 20. 21. 22 (vgl. mit 37). 12. 14 — 18.
S. 25 Z. 9 v. o. Vgl. hierzu Beleg 20. 21. 30 auch 37.
S. 27 Z. 5 v. o. Siehe hierzu Beleg 13 vgl. mit 10. 15. 16. 17.
S. 27 Z. 17 v. o. Vgl. hierzu §. 24 Note 3 Nr. 2.
S. 31 Note 11. Vgl. hier auch Beleg 14.
S. 38 zu Note 3. Vgl. namentlich auch Arch. f. pr. R. W. N. F. Bd. II S. 199.
S. 39 zu Note 1. Vgl. Arch. f. pr. R. W. N. F. Bd. II S. 200.
S. 40 zu Note 1. Vgl. auch Beleg 68.
S. 43 zu Note 5 Nr. 2. Vgl. Beleg 17.
S. 46 zu Note 1. Vgl. jedoch auch Bickell l. cit. S. 144 Note 85.
S. 53 Note 5. Vgl. hierzu Beleg 18.
S. 61 Z. 7 v. u. lies nach 34: Vgl. auch Beleg 31.

Digitized by Google

S. 69 zu Note 1. Vgl. auch Beleg 20. 21. 22.
S. 74 Z. 5 v. u. lies statt 18: 58.
S. 77 Z. 11 v. o. Vgl. hierzu Beleg 20. 21.
S. 106 Z. 10 v. u. lies §. 38 statt 37.
S. 109 Z. 16 v. u. lies nach 34: Vgl. auch Beleg 31; dagegen jedoch auch Arch. f. pr. R. W. N. F. Bd. II S. 204 ꝛc.
S. 110 Z. 3 v. u. lies noch: Vgl. Rel. O.A.Gs in S. Scheller und Lessing ca. Dermer 1864, jedoch auch Beleg 35.
S. 111 Z. 28 v. u. lies: Vgl. auch Rel. O.A.Gs in S. Scheller und Lessing ca. Dermer 1864.
S. 111 Z. 16 v. u. lies noch: Ein in höchster Instanz bestätigtes rejectorisches Dekret wurde vom O.A.G. der Wirkung nach dem rechtskräftigen Urtheil gleichgestellt in S. Lyncker ca. Koch Erben, Rel. v. 1860.
S. 114. Zu Note 10 Nr. 1 vgl. jedoch auch den Rechtsfall im Arch f. pr. R. W. N. F. Bd. II S. 204.
S. 121 Z. 4 v. u. lies Scheller st. Schaller.
S. 133 Z. 3 v. u. lies: vgl. auch Beleg 18.
S. 138 u. 139. Zu Note 5 vgl. namentlich Beleg 17.
S. 142. Zu Note 9 vgl. auch Beleg 64.
S. 145. Zu Note 5 vgl. auch Beleg 30.
S. 163 Z. 5 v. u. lies noch: Vgl. Beleg 54.
S. 185. Z. 28 v. u. lies nach entgegensteht: S. Beleg 67.
S. 193 Z. 8 v. u. lies nach 1860: Vgl. Beleg 40.
S. 195 zu Note 4 vgl. auch Beleg 67.
S. 195. Am Ende von Note 6 lies: Es ist nicht nöthig, daß vier Schriftsätze gewechselt werden, es genügen zwei, wenn das Streitverhältniß dadurch klar gestellt ist; vgl. Rel. O.A.Gs in S. Lynker v. Schiffenberg bei Giesen ca. Koch Erben in Giesen von 1860.
S. 211 Z. 20 v. u. lies noch: Vgl. auch Beleg 17. 18. 62.
S. 212 Z. 5 v. u. lies nach 1845: Beleg 63.
S. 212. Zu Note 1 vgl. auch Beleg 17.
S. 227 Z. 12 v. u. lies noch: Vgl. auch Beleg 13.
S. 244 u. 245. Zu Note 1 vgl. auch Beleg 63.
S. 248 Z. 4 v. o. lies nach können: Vgl. besonders Beleg 17.

II. Zu den Belegen.

S. 53 in der Mitte, lies 18 st. 13.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google